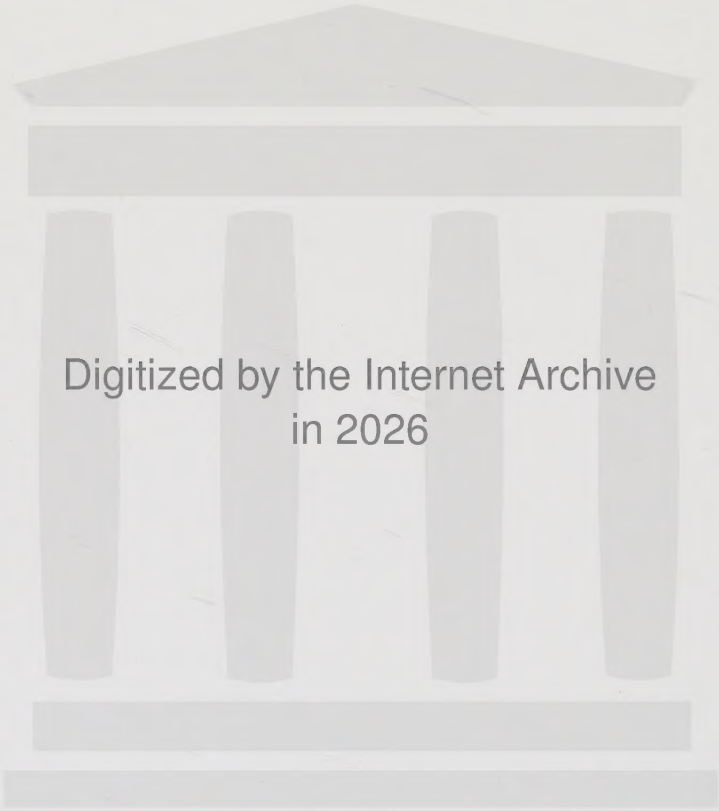


Heinz Willaschek

**DIE BETEILIGUNGSRECHTE DES BETRIEBSRATS
IM EINSTELLUNGSVERFAHREN**

1981

1982



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41554821_0028

DIE BETEILIGUNGSRECHTE DES BETRIEBSRATS

IM EINSTELLUNGSVERFAHREN

Inaugural - Dissertation

zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte
durch den Fachbereich Rechtswissenschaft
der Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster



vorgelegt von
Heinz Willaschek
aus Paderborn
1981



Erster Berichterstatter:

Prof. Dr. Schlüter

Zweiter Berichterstatter:

Prof. Dr. Bernert

Dekan:

Prof. Dr.Dr. Krawietz

Tag der mündlichen Prüfung:

3.12.1981

Meinen Eltern

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Orte
Anm.	Anmerkung
AP	Arbeitsrechtliche Praxis
ArbG	Arbeitsgericht
ArR	Arbeit und Recht
AR-Blattei	Arbeitsrechts-Blattei
BAG	Bundesarbeitsgericht und Sammlung des BAG
BB	Der Betriebsberater
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BlStSozArbR	Blätter für Steuer-, Sozial- und Arbeitsrecht
BPersVG	Bundespersonalvertretungsgesetz vom 15.3.1974
BT-Drucks.	Drucksache des Deutschen Bundestages
BVerwGE	Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
Diss.	Dissertation
EzA	Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht
Fußn. = FN	Fußnote
ff	folgende
GK	Gemeinschaftskommentar
h.M.	herrschende Meinung

i.V.m.	in Verbindung mit
Kap.	Kapitel
LAG	Landesarbeitsgericht
MitbeG	Das Mitbestimmungsgespräch, Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
RdA	Recht der Arbeit
Rdnr.	Randnummer
RKW	Rationalisierungs-Kuratorium der Deutschen Wirtschaft
S.	Satz oder Seite
s.a.	siehe auch
s.o.S.	siehe oben Seite
VerwArch	Verwaltungsarchiv
vgl.	vergleiche
z.B.	zum Beispiel
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht

Alle nicht verzeichneten Abkürzungen sind bei
Kirchner, S. 3 ff angeführt.

LITERATURVERZEICHNIS

- Adomeit, Klaus Einstellungen und Entlassungen nach dem neuen Betriebsverfassungsgesetz, DB 1971, 2360
- Alberty, Karl Fehlende Zustimmung des Betriebs- bzw. Personalrats bei personellen Einzelmaßnahmen gegenüber Arbeitnehmern und der Einfluß des Fehlens auf die Wirksamkeit dieser Maßnahmen, Diss. Münster 1979
- Beach, D.S. The Management of People at Work, New York 1965
- Bernert, Günther Klausuren aus dem Arbeitsrecht mit Lösungsskizzen, Frankfurt 1977
- Blomeyer, Wolfgang Der Interessenkonflikt zwischen Arbeitnehmer und Betriebsrat bei Individualmaßnahmen, Gedächtnisschrift für Dietz, München 1973, S. 147 ff
- Boewer, Dietrich Die Auswirkungen der §§ 99, 100 BetrVG auf die individualrechtliche Stellung des Arbeitnehmers, RdA 1974, 72 ff
- Bohlen, Fred N. Übersicht über die Beteiligungsrechte des Betriebsrates in der Betriebsverfassung, BB 1980, 1221 ff
- Bormann, Heinz Lohnt sich die Stellenausschreibung?, MitbeG 1973, 36 f
- Brill, Werner Der Einstellungsfragebogen, AuR 1968, 136 ff
- Derselbe Die Rechtsprechung zur personellen Mitbestimmung des Betriebsrats, DB 1978, Beilage Nr. 14
- Brox, Hans Grundbegriffe des Arbeitsrechts, 5. neubearbeitete Auflage, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1977
- Dedering, Heinz Personalplanung und Mitbestimmung, Opladen 1978
- Dietz, Rolf/
Richardi, Reinhard Betriebsverfassungsgesetz, Kommentar, 5. Auflage, München 1973

- Deutsche Angestellten Gewerkschaft Personalplanung zum § 92 Betriebsverfassungsgesetz, Hamburg 1972
- Düttmann, Hans/
Zachmann, Eberhard Aufgaben und Geschäftsführung des Betriebsrates, München 1973
- v. Dux 45./46. Öffentliche Sitzung des Ausschusses für Arbeits- und Sozialordnung vom 25.2.1971, Protokoll S. 124
- End, Thomas Die Beteiligungsrechte des Betriebsrats bei der Einstellung und Entlassung von Arbeitnehmern, Diss. Würzburg, 1974
- Erdmann, Ernst-Gerh./
Jürging, Claus/
Kammann, Karl-Udo Betriebsverfassungsgesetz, Kommentar, Neuwied und Berlin 1972
- Fabricius, Fritz/
Kraft, Alfons/
Thiele, Wolfgang/
Wiese, Günther Betriebsverfassungsgesetz, Gemeinschaftskommentar, Darmstadt, Losebl. 1973 ff
- Falkenberg, Rolf-D. Ausgewählte Probleme aus dem Betriebsverfassungsgesetz 1972, DB 1972, 774 ff
- Derselbe Fragen des Arbeitgebers an den einzustellenden Arbeitnehmer, BB 1970, 1013 ff
- Fitting, Karl/
Auffarth, Fritz/
Kaiser, Heinrich Betriebsverfassungsgesetz, Handkommentar, 13. Auflage, München 1981
- Fitting, Karl/
Kraegeloh, Walter/
Auffarth, Fritz Betriebsverfassungsgesetz nebst Wahlordnung, Handkommentar, 9. Auflage, Berlin und Frankfurt a.M. 1976
- Frey, Helmut Was ist "Personalplanung" im Sinne von § 92 des Betriebsverfassungsgesetzes?, BB 1973, 388 ff
- Derselbe Die Zustimmung des Betriebsrates zu personellen Maßnahmen, BB 1972, 923 ff
- Friedrichs, Hans/
Scherpf, Alfred/
Witte, Helmut Die Organisation des Personalwesens in einem modernen Unternehmen, Neuwied und Berlin 1973
- Frohner, Siegfried Zum Begriff des "sonstigen Nachteils" i.S. des § 99 Abs. 2 Ziff. 3 BetrVG, AuR 1978, 365 ff
- Galperin, Hans Betriebsverfassungsrecht im Umbruch, DB 1971, 1305 ff

- Galperin, Hans/
Löwisch, Manfred Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, Bd. I und II, 5. Auflage, Heidelberg 1976/76
- Gaugler, Eduard/
Huber, K.-H. Analyse des Forschungsstandes auf dem Sektor "Betriebliche Personalplanung", Regensburg 1971
- Gnade, Albert/
Kehrmann, Karl/
Schneider, Wolfgang Betriebsverfassungsgesetz, Kommentar, Köln 1972
- Grabert, Timur Das neue Betriebsverfassungsgesetz und die Personalpolitik, Gernsbach 1973
- Haberkorn, Kurt Zur Offenbarungspflicht des Arbeitnehmers bei Einstellungen, RdA 1962, 416 ff
- Häberle, Peter Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG, 2. Auflage, Karlsruhe 1972
- Hahn, R.E. Personalplanung nach dem Betriebsverfassungsgesetz, die Quelle 1972, 266 f, 309 ff, 360 ff, 409 ff
- Derselbe Was sind personelle Auswahlrichtlinien?, Die Quelle 1972, 516 ff, 567 ff
- Halbach, Christel Betriebsverfassungsrechtliche Aspekte des Einsatzes von Leiharbeitnehmern und Unternehmerarbeiten, DB 1980, 2389 ff
- Hanau, Peter Praktische Fragen zur Neuregelung der Mitbestimmung in personellen Angelegenheiten, BB 1972, 451 ff
- Hemmer, Nikolaus Chr. Betriebsverfassungsrechtliche Grundsätze für die Einstellung von Arbeitnehmern, Diss. Würzburg, 1978
- Hentze, Joachim Funktionelle Personalplanung, Diss. Frankfurt, 1969
- Hetzel, Wolfgang Die Beteiligung des Betriebsrats an der Personalplanung, Diss. Köln, 1975
- Hunold, Wolf Praktische Fragen zur Neuregelung der Mitbestimmung in personellen Angelegenheiten, BB 1972, 451 ff
- Derselbe Zweifelsfragen zum gesetzlichen Mitwirkungsrecht des Betriebsrats, Kissingen 1980

- Hunold, Wolf Die Reaktion des Betriebsrats auf die Mitteilung des Arbeitgebers über Einstellung bzw. Kündigung, DB 1976, 1865
- Derselbe Die Mitbestimmung des Betriebsrates in allgemeinen personellen Angelegenheiten (§§ 92-95 BetrVG), DB 1976, 98 ff
- Janssen, Peter Ist die Nichtvorlage der Bewerbungsunterlagen ein Zustimmungsverweigerungsgrund i.S.d. § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG ?, BlStSozArbR 1975, 12 ff
- Joachim, Hans-G./
Etzel, Gerhard Entscheidungssammlung nach Stichwörtern für die Praxis, Darmstadt 1978
- Kammann, Karl-Udo/
Hess, Harald/
Schlochau, Ursula Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, Neuwied und Darmstadt 1979
- Kehrmann, Karl Personalfragebogen, MitbeG 1973, 47 ff
- Kehrmann, Karl/
Schneider, Wolfgang Die personelle Mitbestimmung nach dem Betriebsverfassungsgesetz, MitbeG 1973, 23 ff
- Kirchner, Hildebert Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache 2. Auflage, Berlin 1968
- Kleiner, Hartmann/
Wittke, Manfred Die Beteiligungsrechte des Betriebsrats im personellen Bereich, Berlin 1978
- Knebel Personal - Mensch und Arbeit im Betrieb, Mainz 1974
- Larenz, Karl Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 4. Auflage, Berlin, Heidelberg, New York 1979
- Leipold, Dieter Einstellungsfragebögen und das Recht auf Arbeit, AuR 1971, 161 ff
- Lerche, Peter Übermaß und Verfassungsrecht, Köln, Berlin, Heidelberg, New York 1961
- Lipke, Gert-Albert Einstweiliger Rechtsschutz des Betriebsrats bei Mißachtung betriebsverfassungsrechtlicher Beteiligungsrechte nach § 99 BetrVG ?, DB 1980, 2239 ff
- Loew, Konrad Personalplanung, Bergisch-Gladbach 1971

<u>Marienhagen, Rolf</u>	Mitbestimmung in personellen Angelegenheiten nach dem Entwurf eines neuen Betriebsverfassungsgesetzes, BB 1971, 1009 ff
<u>Marx, August</u>	Personalplanung in der modernen Wettbewerbswirtschaft, Baden-Baden 1963
<u>Maurer, Kurt</u>	Betriebsverfassungsrechtliche Zugehörigkeit des Leiharbeitnehmers nach dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, BB 1974, 512 ff
<u>Meisel, Peter G.</u>	Die Mitwirkung und Mitbestimmung des Betriebsrates in personellen Angelegenheiten, Speyer 1974
<u>Menger, Christ.-Friedr.</u>	Das verfassungsgerichtliche Urteil zu § 218 StGB-Gesetzgebung durch das BVerfG?, VerwArch Bd. 66 (1975)
<u>Meyer, Paul</u>	Betriebliche Personalplanung, Grundlagen und Praxis, Wiesbaden 1968
<u>Mohr, Annegret</u>	Personalplanung und Betriebsverfassungsgesetz, Köln 1977
<u>Müller, Friedrich</u>	Normstruktur und Normativität, Berlin 1966
<u>Neef, Klaus</u>	Vorlage von Bewerbungsunterlagen an den Betriebsrat, BB 1973, 988 ff
<u>Nikisch, Arthur</u>	Lehrbuch des Arbeitsrechts, 3. Band, 2. Auflage, Tübingen 1966
<u>Obermayer, Klaus</u>	Verfassungsrechtliche Bedenken gegen den Regierungsentwurf eines Betriebsverfassungsgesetzes, DB 1971, 1715 ff
<u>Pauly, Hans-Joachim</u>	Zum Umfang der Informationspflicht des Unternehmers bei Einstellungen von Arbeitnehmern gem. § 99 BetrVG, BB 1981, 501
<u>Peltzer, Martin</u>	Personalplanung, innerbetriebliche Stellenausschreibung, Personalfragebogen und Auswahlrichtlinien (§§ 92 ff BetrVG 72), DB 1972, 1164 ff
<u>Raisch, Peter/ Baums-Stammlager, Brig.</u>	Arbeitsrecht - Lehrbuch, Heidelberg 1978
<u>Rehhahn, Hans</u>	Die Personalplanung nach dem Betriebsverfassungsgesetz 1972, AuR 1974, 65 ff
<u>Derselbe</u>	Auswahlrichtlinien nach dem Betriebsverfassungsgesetz, DB 1972, 491 ff

- Rehhahn, Hans Die Aufstellung von Auswahlrichtlinien nach dem Betriebsverfassungsgesetz, MitbeG 1973, 30 ff
- Derselbe Zur praktischen Durchführung der Personalplanung nach dem neuen Betriebsverfassungsgesetz, MitbeG 1972, 160 ff
- Richardi, Reinhard Das Widerspruchsrecht des Betriebsrats bei personellen Maßnahmen nach §§ 99, 100 BetrVG, DB 1973, 378 ff, 428 ff
- Derselbe Die Mitbestimmung des Betriebsrates in personellen Angelegenheiten, ZfA-Sonderheft, S. 1 ff
- RKW (Rationalisierungs-Personalplanung bei Umstellung des Kuratorium der Deutschen Wirtschaft) Arbeitsplatzes, Essen 1961
- Derselbe Die Anpassung der Arbeit an den Menschen, RKW-Auslandsdienst 18, Frankfurt 1968
- Roemheld, Bernard Zur Zustimmung des Betriebsrats nach § 99 BetrVG bei personellen Einzelmaßnahmen, BB 1972, 1330 f
- Rumpff, Klaus Mitbestimmung in wirtschaftlichen Angelegenheiten, Heidelberg 1978
- Derselbe Betriebsverfassungsrecht und Personalplanung, MitbeG 1972, 160 ff
- Säcker, Franz-Jürgen Die Konkretisierung vager Rechtssätze durch Rechtswissenschaft und Praxis, ARSP 58 (1972), 215 ff
- Schaub, Günther Arbeitsrecht-Handbuch, 4. Auflage, München 1980
- Schlochauer, Ursula Die Regelung der personellen Einzelmaßnahmen nach dem Betriebsverfassungsgesetz 1972 und ihre Auswirkungen auf die Praxis, Diss. Frankfurt, 1978
- Schlüter, Wilfried Die Personalplanung in Wirtschaft und Verwaltung, Symposium, Die Betriebswirtschaft 1982
- Schlüter, Wilfried/
Belling, Detlev Urteilsanmerkung zum Beschluß des Bundesarbeitsgerichts vom 18.7.1978 - 1 ABR 79/75, SAE 1979, 277 ff

- Schmidt, Karl-Heinz Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats bei der Verwendung psychologischer Testverfahren, DB 1974, 1910 ff
- Schneider, Wolfgang Die Personalplanung im System der Beteiligungsrechte des Betriebsrats, BlStSozArbR 1973, 60 ff
- Stahlhacke, Eugen Das personelle Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach dem Betriebsverfassungsgesetz 1972, BlStSozArbR 1972, 67 ff
- Stege, Dieter/
Weinspach, F.K. Betriebsverfassungsgesetz, Handbuch, 3. Auflage, Köln 1978
- Ulrich, Hans/
Staekle, Robert Personalplanung, Köln und Opladen 1965
- Wächter, Hartmut Praxis der Personalplanung, Herne und Berlin 1974
- Weiss, Manfred Betriebsverfassungsgesetz, Kommentar, Baden-Baden 1978
- Wenzel, Burckhardt Personalbedarfsplanung in industriellen Unternehmungen, Diss. Würzburg, 1970
- Wester, Kurt/
Schlüpers-Oehmen, Reinh. Betriebsverfassungs-, Personalvertretungs- und Mitbestimmungsrecht, München 1980
- White Problems of Industrial Organisations in Manpower Planning and Forecasting in: Burack/Walker, Manpower Planning and Programming, Boston 1972
- Windbichler, Christiane Mitbestimmung des Betriebsrats bei der Beschäftigung von Leiharbeitnehmern, DB 1975, 739 ff
- Wolff, Hans-J./
Bachof, Otto Verwaltungsrecht I, 9. Auflage, München 1974
- Wrobeth, Wolfgang Die Stellenbeschreibung, Wiesbaden 1973

GLIEDERUNG

	Seite
A. EINLEITUNG	1
B. Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates bei allgemeinen personellen Angelegenheiten (§§ 92-95 BetrVG)	5
I. Mitwirkungsrechte des Betriebsrates bei der Personalplanung (§ 92 BetrVG)	5
1. Umfang der Mitwirkungsrechte	7
a) Der Personalplanungsbegriff in der betriebswirtschaftlichen und arbeitsrechtlichen Diskussion	7
b) Die Personalbedarfsplanung	11
aa) Ermittlung des Personalbedarfs	12
bb) Informationspflicht und Personalbedarfsplanung	13
(1) Unterrichtung über den Planungsprozeß	14
(2) Unterrichtung über das Planungsergebnis	15
c) Die Personalbeschaffungsplanung	19
aa) Die Personalbeschaffungsplanung als Teil der Personalplanung i.S.d. § 92 BetrVG	20
bb) Personalbeschaffung vom internen und externen Arbeitsmarkt	21
cc) Methoden der Personalbeschaffung	23
dd) Informationspflicht und Personalbeschaffungsplanung	23
(1) Entstehen der Informationspflicht	23
(2) Unterrichtung über Art und Methode der Beschaffungsplanung	24
d) Die Personaleinsatzplanung	27

	Seite
aa) Personaleinsatzplanung als Teil der Personalplanung i.S.d. § 92 BetrVG	27
bb) Aufgabe der Personaleinsatzplanung	28
cc) Informationspflicht und Personal- einsatzplanung	29
e) Die Infrastrukturplanung	31
f) Die Personalstrukturplanung	33
g) Sonstige Bereiche der Personalplanung	34
aa) Personalabbauplanung	34
bb) Personalentwicklungsplanung	34
cc) Personalkostenplanung	35
dd) Kontrollplanung	36
2. Ausübung der Mitwirkungsrechte im einzelnen	37
a) Informationsrechte	37
aa) Umfassende Unterrichtung	37
(1) Ökonomische Zielvorgaben	37
(2) Betriebs- und Geschäftsgeheim- nisse	38
bb) Unterrichtung anhand von Unterlagen	39
cc) Rechtzeitige Unterrichtung	42
b) Beratungsrechte	44
3. Stellenwert der Mitwirkungsrechte nach § 92 BetrVG	45
II. Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei der Ausschreibung von Arbeitsplätzen (§ 93 BetrVG)	50

III. Beteiligungsrechte des Betriebsrates bei der Aufstellung von Personalfragebogen Formulararbeitsverträgen, Beurteilungsgrundsätzen (§ 94 BetrVG)	53
1. Personalfragebogen	53
a) Aufgabe der Personalfragebogen	53
b) Zweck des Mitbestimmungsrechts	54
c) Umfang des Mitbestimmungsrechts	55
d) Erweiterung des Mitbestimmungsrechts	58
aa) Beteiligung des Betriebsrats am Vorstellungsgespräch	58
bb) Beteiligung des Betriebsrats bei der Aufstellung standardisierter Interviews und Eignungstests	61
2. Formulararbeitverträge	63
3. Allgemeine Beurteilungsgrundsätze	64
IV. Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates bei der Aufstellung von Auswahlrichtlinien (§ 95 BetrVG)	68
1. Inhalt der Auswahlrichtlinien	69
2. Verfassungsmäßigkeit des § 95 BetrVG	69
C. Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates bei konkreten Einstellungsmaßnahmen (§ 99 BetrVG)	76
I. Geltungsbereich	79
1. Mitbestimmung in Betrieben bestimmter Größe	79
2. Mitbestimmung während des Arbeitskampfes	80

II. Einstellung	83
1. Begriff der Einstellung	83
2. Einzelprobleme	83
a) Verlängerung eines befristeten Arbeitsverhältnisses, Umwandlung eines befristeten Arbeitsverhältnisses in ein Dauerarbeitsverhältnis, Übernahme eines Auszubildenden in ein Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit	85
aa) Verlängerung eines befristeten Arbeitsverhältnisses	85
bb) Umwandlung eines befristeten Arbeitsverhältnisses in ein Dauerarbeitsverhältnis	87
cc) Übernahme eines Auszubildenden in ein Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit	87
b) Leiharbeitnehmer	88
c) Weiterarbeit nach einer Kündigung	89
d) Wiederaufnahme der Arbeit	90
aa) Wiederaufnahme der Arbeit nach Ableistung des Wehrdienstes	90
bb) Wiederaufnahme der Arbeit nach einem Arbeitskampf	91
e) Betriebsübernahme und gerichtliche Feststellung des Bestehens eines Arbeitsverhältnisses	92
III. Durchführung der Mitbestimmung	93
1. Unterrichts- und Auskunftspflichten des Arbeitgebers	93
a) Unterrichtung des Betriebsrates	93
b) Zeitpunkt der Unterrichtung	96
aa) Wochenfrist	97
bb) Ausnahmen	98
c) Form	100

	Seite
d) Umfang der Unterrichtungspflicht	101
aa) Personeller Umfang	101
(1) Streitstand	103
(2) Stellungnahme	106
(a) Auslegung nach dem Wortlaut	106
(b) Historische Auslegung	107
(c) Systematische Interpretation	110
(d) Besonderheiten bei Auswahlricht- linien und innerbetrieblicher Stellenausschreibung	111
(e) Ergebnis	113
bb) Sachlicher Umfang	114
(1) Erforderliche Bewerbungs- unterlagen	114
(a) Bewerbungsunterlagen	114
(b) Einstellungsgespräch	117
(2) Auswirkungen der geplanten Einstellung	121
e) Vorlage der Unterlagen	122
f) Einholung der Zustimmung des Betriebs- rates	123
2. Ausübung des Mitbestimmungsrechts durch den Betriebsrat	124
a) Begründungspflicht bei Verweigerung	124
b) Zustimmungsverweigerungsgründe	126
aa) Verstoß gegen Gesetze, Verordnungen oder Kollektivvereinbarungen	126
(1) Arbeitsschutzbestimmungen	127
(2) Einstellungspflichten	127
(3) Unterrichtungspflicht des § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG	130
(a) Auffassung des BAG	130
(b) Stellungnahme	131

(4) Unterrichtungspflicht nach §§ 92, 94 BetrVG	134
(5) Kündigungsschutzvorschriften	137
(6) Sonstige Rechtsverstöße	139
bb) Verstoß gegen eine Auswahlrichtlinie (§ 99 Abs. 2 Nr. 2 BetrVG)	141
cc) Nachteile für andere betriebsange- hörige Arbeitnehmer (§ 99 Abs. 2 Nr. 3 BetrVG)	142
(1) Unmittelbarer Nachteil	142
(2) Nachweisbarer Nachteil	143
(3) Entgehen einer Beförderungschance	144
dd) Ungerechtfertigte Benachteiligung des betroffenen Arbeitnehmers (§ 99 Abs. 2 Nr. 4 BetrVG)	146
ee) Unterlassen einer nach § 93 BetrVG erforderlichen Ausschreibung (§ 99 Abs. 2 Nr. 5 BetrVG)	147
(1) Vorgängige Ausschreibung	147
(2) Mangelnde innerbetriebliche Bewerber	149
ff) Besorgnis der Störung des Betriebs- friedens (§ 99 Abs. 2 Nr. 6 BetrVG)	150
IV. Verfahren nach Verweigerung der Zustimmung	153

A. EINLEITUNG

Die Beteiligungsrechte des Betriebsrats im Einstellungsverfahren

§ 99 I BetrVG bestimmt u.a., daß in Betrieben mit mehr als zwanzig wahlberechtigten Arbeitnehmern ¹⁾ der Arbeitgeber vor jeder Einstellung den Betriebsrat zu unterrichten hat, ihm die erforderlichen Bewerbungsunterlagen vorzulegen und Auskunft über die Person der Beteiligten zu geben hat; der Arbeitgeber hat dem Betriebsrat unter Vorlage der erforderlichen Unterlagen Auskunft zu geben über die Auswirkungen der geplanten Maßnahme, und er hat die Zustimmung des Betriebsrats zu der geplanten Maßnahme einzuholen.

Durch die Vorschrift des § 99 sind die Beteiligungsrechte des Betriebsrats bei der Einstellung von Arbeitnehmern im Vergleich zu den Regelungen des BetrVG 1952 erheblich erweitert worden. Hatte der Betriebsrat bis zur Neuregelung nur ein als Einspruchsrecht ²⁾ ausgestaltetes Beteiligungsrecht bei konkreten Einstellungsmaßnahmen, sind seine Befugnisse zu einem echten Mitbestimmungsrecht in der Form des positiven Konsensprinzips ³⁾

-
- 1) In Betrieben von weniger als 20 Arbeitnehmern braucht der Arbeitgeber das Verfahren nach § 99 nicht einzuhalten; jedoch ist unter Berücksichtigung des Gebots der vertrauensvollen Zusammenarbeit i.S.d. §§ 2 und 74 BetrVG erforderlich, daß auch in kleineren Betrieben der Betriebsobmann von einer geplanten Einstellung zumindest unterrichtet wird.
 - 2) Fitting/Kraegeloh/Auffarth, § 61 Rdnr. 10 ff (9. Auflage).
 - 3) Dietz/Richardi, § 99 Rdnr. 1.

gewachsen: Das ergibt sich einmal aus der Erweiterung der Informations- und Aufklärungspflichten des Arbeitgebers, vor allem aber aus den in § 99 Abs. 2 BetrVG angeführten Zustimmungsverweigerungsgründen des Betriebsrats zu personellen Einzelmaßnahmen. Der Betriebsrat ist zur Verweigerung der Zustimmung auch dann berechtigt, wenn die personelle Maßnahme gegen Unfallverhütungsvorschriften, gegen Richtlinien nach § 95, gegen das Gebot der Ausschreibung nach § 93 verstößt, vor allem aber schon in dem Fall, daß der durch Tatsachen begründete Verdacht besteht, im Betrieb bereits beschäftigte Arbeitnehmer könnten infolge der personellen Maßnahme irgendwelche Nachteile erleiden.

Die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats beschränken sich indes nicht nur auf die konkreten Einstellungsmaßnahmen, sondern werden bereits in deren Vorfeld wirksam, und zwar durch Mitwirkungsrechte ¹⁾ bei der Personalplanung und Mitbestimmungsrechte bei der Aufstellung von Personalfragebögen, Beurteilungsgrundsätzen und allgemeinen Auswahlrichtlinien (§§ 94, 95); die Vorschrift des § 93 BetrVG über die innerbetriebliche Ausschreibung von Arbeitsplätzen berücksichtigt den Gedanken eines innerbetrieblichen Arbeitsmarktes und soll im Betrieb selbst vorhandene Möglichkeiten des Personaleinsatzes aktivieren.

1) Zu den unterschiedlichen Formen der Beteiligungsrechte des Betriebsrates vgl. Bohlen: Übersicht über die Beteiligungsrechte des Betriebsrates in der Betriebsverfassung, BB 1980, 1221 ff.

Diese Ausdehnung der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates auf das Vorfeld der personellen Einzelmaßnahmen geht auf die negativen Erfahrungen mit dem BetrVG 1952 zurück; in der Praxis hatte sich nämlich gezeigt, daß der personellen Einzelmaßnahme der Einstellung grundsätzlich Planungsüberlegungen und -entscheidungen vorausgingen, die im anschließenden Einzelvollzug, nur noch schwer zu beeinflussen bzw. abzuändern waren ¹⁾. Demgemäß setzten die Mitwirkungsrechte des Betriebsrats zu spät ein. Andererseits fehlten dem von den Vorentscheidungen gänzlich ausgeschlossenen Betriebsrat der Gesamtüberblick über die Personalwirtschaft des Betriebs, was eine sachgemäße Diskussion und Entscheidung im Einzelfall zusätzlich erschwerte. Durch die Mitwirkungsrechte im Vorfeld der Einstellung wurde dem Betriebsrat daher in Erweiterung der Mitwirkungsmöglichkeiten nach dem BetrVG 1952 die Mitwirkung bei den allgemeinen personellen Grundsatzentscheidungen eingeräumt, die die Grundlagen für personelle Einzelentscheidungen bilden. Diese Mitwirkung soll für eine bessere Objektivierung und für eine bessere Durchschaubarkeit sowohl der allgemeinen Personalwirtschaft als auch der personellen Einzelmaßnahmen sorgen ²⁾.

-
- 1) BT-Drucksache VI/1786, S. 50 und 32; Hunold, a.a.O., S. 98; End, a.a.O., S. 87.
 - 2) BR-Drucksache 715/70 (amtliche Begründung des Regierungsentwurfs zum BetrVG), S. 50 zu § 92; Rehhahn in MitbeGesp. 1972, S. 167; End, a.a.O., S. 87.

Die Frage nach der Mitwirkung des Betriebsrats im Einstellungsverfahren läßt sich demzufolge nicht allein aus § 99 I BetrVG mit seinen ausführlichen Unterrichtsrechten und den in § 99 II BetrVG enumerativ ¹⁾ aufgezählten Zustimmungsverweigerungsgründen beantworten, sondern steht in einem engen Zusammenhang mit der Rechtsstellung, die dem Betriebsrat im Vorfeld der Einzelmaßnahme eingeräumt ist. Die Ausgestaltung dieser Rechtsposition im Vorfeld beeinflußt nämlich nicht nur das Tätigwerden des Betriebsrats bei der konkreten Einstellungsmaßnahme selbst - nämlich hinsichtlich der Zustimmungsverweigerungsgründe des § 99 II Nr. 2 und 5 BetrVG -, sondern sie prägt schon das ganze Verfahren vor der Einstellung bis hin zum konkreten Einstellungsakt.

Es stellt sich also zunächst die Frage, wie im Vorfeld der Einstellung die Rechtsposition des Betriebsrats im einzelnen ausgestaltet ist.

1) Roemheld, BB 1972, S. 1131; Alberty, a.a.O., S. 15.

B. Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates bei allgemeinen personellen Angelegenheiten (§§ 92-95 BetrVG)

I. Mitwirkungsrechte des Betriebsrates bei der Personalplanung (§ 92 BetrVG)

Die Weichen für eine konkrete Einstellungsmaßnahme werden bereits bei der Personalplanung gestellt.

§ 92 verpflichtet den Arbeitgeber, den Betriebsrat über die Personalplanung, insbesondere über den gegenwärtigen und zukünftigen Personalbedarf sowie über die sich daraus ergebenden personellen Maßnahmen und Maßnahmen der Berufsbildung anhand von Unterlagen rechtzeitig und umfassend zu informieren. Er hat mit dem Betriebsrat über Art und Umfang der erforderlichen Maßnahmen und über die Vermeidung von Härten zu beraten. Nach § 92 II BetrVG kann der Betriebsrat dem Arbeitgeber Vorschläge für die Einführung einer Personalplanung und ihrer Durchführung machen.

Anders als § 99 und § 111 verlangt § 92 nicht das Vorhandensein einer Mindestzahl von Arbeitnehmern im Betrieb; § 92 ist auch in Kleinbetrieben - soweit sie betriebsratsfähig sind - anwendbar ¹⁾.

1) Aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ergibt sich allerdings, daß § 92 in Kleinbetrieben mit einfacheren Mitteln erfüllt werden kann.

Dem Betriebsrat wird somit in § 92 I S. 1 BetrVG ein Anspruch auf Information, in § 92 I S. 2 ein Anspruch auf Beratung zugebilligt; gemäß § 92 I S. 1 und 2 liegt die Informations- und Beratungspflicht beim Arbeitgeber.

Im Rahmen des § 92 II hat der Betriebsrat ein Initiativrecht für die Einführung einer Personalplanung und ihre Durchführung. Dieses Initiativrecht ist aber abgeschwächter Art. Der Betriebsrat kann nämlich die Einführung oder Durchführung einer Personalplanung nicht erzwingen. Findet in einem Betrieb keine Personalplanung statt, so entfällt auch das Unterrichtsrecht nach § 92 I BetrVG.

Andererseits darf nicht verkannt werden, daß eine systematische Personalplanung für alle Unternehmen von großer Bedeutung ist und nicht vernachlässigt werden darf ¹⁾. Zudem ergibt sich aus dem Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat für den Arbeitgeber die Verpflichtung, sich mit den Vorschlägen des Betriebsrats auseinanderzusetzen; ²⁾ es ergibt sich hieraus aber nicht die Verpflichtung, die Vorschläge mit dem Betriebsrat zu beraten ³⁾.

-
- 1) Erdmann/Jürging/Kammann, § 92 Rdnr. 10; Richardi, ZfA 72, 281-3; Rumpff, MitbG. 72, S. 161.
 - 2) Dietz/Richardi, Anm. 29 zu § 92; Fitting/Auffarth/Kaiser, Anm. 9 und 10 zu § 92; Marienhagen in BB 1971, S. 1011; Richardi, Sonderheft 1972, S. 4.
 - 3) Hetzel, a.a.O., S. 133.

1. Umfang der Mitwirkungsrechte

Das BetrVG erwähnt den Ausdruck "Personalplanung" außer in § 92 noch in § 96 I BetrVG und in § 106 II BetrVG, also im Rahmen der Berufsbildung und der Unterrichtung des Betriebsrats in wirtschaftlichen Angelegenheiten; aber es gibt weder in § 92 noch in den anderen Vorschriften des Gesetzes eine Definition des Begriffes; es setzt den Begriff der Personalplanung vielmehr voraus.

§ 92 BetrVG gibt allenfalls einen Anhaltspunkt: er nennt ausdrücklich ("insbesondere") den gegenwärtigen und zukünftigen Personalbedarf. Das bedeutet, daß jedenfalls eine "Personalbedarfsplanung" unter den Begriff der Personalplanung fallen muß. Schon aus der Formulierung "insbesondere" läßt sich aber schließen, daß der Gesetzgeber den Begriff über die reine Personalbedarfsplanung hinaus weitergefaßt wissen möchte.

a) Der Personalplanungsbegriff in der betriebswirtschaftlichen und arbeitsrechtlichen Diskussion

Will man Inhalt und Umfang des betriebsverfassungsrechtlichen Mitwirkungsrechts nach § 92 BetrVG abstecken, muß zunächst ermittelt werden, was unter dem unbestimmten Begriff der Personalplanung im Sinne dieser Bestimmung zu verstehen ist.

Ein Blick auf die Gesetzesmaterialien hilft hier nicht weiter: in der Begründung des

BetrVG 72 zu § 92 heißt es lediglich, daß der Komplex der Personalplanung insbesondere in Großbetrieben zunehmend an Bedeutung gewinne, da ein rationeller und den Bedürfnissen der Wirtschaft angepaßter Personaleinsatz nur im Wege einer sorgfältigen Personalplanung zu erreichen sei; daher sei eine angemessene Beteiligung des Betriebsrates im Planungsstadium zum Zwecke einer möglichst frühzeitigen Berücksichtigung der Interessen der Arbeitnehmer erforderlich ¹⁾.

Der Begriff der Personalplanung stammt ursprünglich aus dem Bereich der Betriebswirtschaftslehre. Aber auch hier gibt es keinen allgemein anerkannten und umfassenden Begriff der Personalplanung; vielmehr hat er vielfältige Ausprägungen erfahren ²⁾. In der betriebswirtschaftlichen Literatur und Praxis ³⁾ wird die Personalplanung als Sammelbegriff für verschiedene Detailplanungen verwendet: darunter fallen die Personalbedarfsplanung, -beschaffungsplanung, -einsatzplanung, -entwicklungsplanung, -abbauplanung, -strukturplanung, -kostenplanung, -infrastrukturplanung und -kontrollplanung.

Auch das arbeitsrechtliche Schrifttum gliedert anstelle einer abstrakten Begriffsbestimmung die Personalplanung in Teilplanungsbereiche, wobei zum Teil sehr wenige, zum

1) BT-Drucksache VI 1785, S. 50.

2) Gangler-Huber, a.a.O.; Dietz/Richardi, § 92 Anm. 4.

3) Vgl. dazu Hunold, a.a.O., S. 98 Anm. 1 und 2; White in Burack/Walker, Manpower Planing and Programming, S. 63/64; Meyer, Betr.Personalplanung, S. 28.

Teil sämtliche Teilbereiche des betriebswirtschaftlichen Personalplanungsbegriffs dem betriebsverfassungsrechtlichen Begriff zugerechnet werden.

So versteht man in der arbeitsrechtlichen Literatur unter Personalplanung im Sinne des § 92 zum einen ¹⁾ die einzelnen aus der Betriebswirtschaftslehre übernommenen Detailplanungen in rein quantitativer Hinsicht zuzüglich den Planungen (in qualitativer Hinsicht), die in der Betriebspraxis erprobt und in den §§ 90-98 BetrVG ausdrücklich erwähnt und geregelt sind; zum anderen ²⁾ wird die Personalplanung begrifflich darüber hinaus auf alle oder den Großteil der Maßnahmen erstreckt, deren Realisierung notwendigerweise Auswirkungen auf die unternehmerische Personalpolitik haben. Es zeigt sich also, daß auch hier dem Begriff der Personalplanung keine unbestrittene Bedeutung zukommt.

Soll der unbestimmte Begriff der Personalplanung näher festgelegt werden, ist auf den Zweck der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates im Vorfeld konkreter Einzelmaßnahmen abzustellen. Hierbei ist die systematische Verflochtenheit der §§ 92-95 BetrVG mit § 99 BetrVG zu berücksichtigen; es ist nämlich zu beachten, daß die dem Betriebsrat in bezug auf die allgemeinen personellen

1) Hunold, S. 98 Anm. 4; Frey BB 1973, 388 ff (391).

2) Fitting/Auffarth/Kaiser, § 92 Rdnr. 2a; Meisel, S. 60; Rumpff, MitbeG 72, S. 173; Schneider/W., S. 46.

Angelegenheiten eingeräumten Rechte immer nur auf die Ausübung der Mitbestimmungsrechte bei der anschließenden personellen Einzelmaßnahme zugeschnitten sind: um der Einzelmaßnahme und der davon in Zukunft betroffenen Mitarbeiter willen sind diese Rechte geschaffen worden; sie haben keinen von den Einzelmaßnahmen losgelösten eigenen Stellenwert ¹⁾.

Ferner muß der Begriff der Personalplanung des § 92 BetrVG vor dem Hintergrund der Differenzierung zwischen Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechten in personellen, wirtschaftlichen und sozialen Angelegenheiten gesehen werden: Schon diese legislative Differenzierung macht deutlich, daß nicht die Erstellung sämtlicher unternehmerischer Zielvorgaben, die im Ergebnis auch die Einstellungsmaßnahmen beeinflussen (also nicht die gesamten vielfältigen Planungen), der Mitwirkung des Betriebsrats unterliegt. Soweit es beispielsweise um Produktions- und Investitionsprogramme, um die Verwirklichung von Rationalisierungsvorhaben und die Einführung neuer Fabrikations- und Arbeitsmethoden geht (vgl. hierzu die Aufzählung in § 106 III BetrVG), ist lediglich der nach §§ 106 ff zu bildende Wirtschaftsausschuß über die sich daraus ergebenden Auswirkungen zu unterrichten, nicht aber der Betriebsrat.

1) Hunold, a.a.O., S. 98.

Unter Berücksichtigung der Verflochtenheit der §§ 92-95 mit § 99 BetrVG und vor dem Hintergrund der legislativen Differenzierung ist es nicht ohne weiteres möglich, den betriebswirtschaftlichen "Begriff" der Personalplanung zu übernehmen; aber er kann Richtschnur für das Verständnis des Begriffs der Personalplanung in § 92 BetrVG sein ¹⁾.

Es scheint daher zweckmäßig, zur Bestimmung des Begriffsinhaltes der Personalplanung die einzelnen in der betriebswirtschaftlichen Literatur und Praxis herausgebildeten Detailplanungen daraufhin zu untersuchen, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang sie nach dem erkennbaren Sinn des Gesetzes unter § 92 BetrVG fallen.

Dabei sollen im Rahmen dieser Arbeit nur die Detailplanungen im Hinblick auf § 92 BetrVG untersucht werden, die im Vorfeld einer Einstellung durchgeführt werden bzw. die für eine spätere Einstellungsmaßnahme eine Rolle spielen.

b) Die Personalbedarfsplanung

Daß in § 92 BetrVG unter "Personalplanung" zumindest auch die Personalbedarfsplanung zu verstehen ist, ergibt sich - wie bereits oben festgestellt - aus dem Wortlaut des Gesetzes; sie wird als betriebsverfassungsrechtlicher Teilbereich der Personalplanung ausdrücklich angesprochen.

1) Rumpff, a.a.O., S. 173; Hunold, a.a.O., S. 98.

Die Personalbedarfsplanung steht am Anfang jeder Planung im personellen Bereich. Sie ist ein gedanklicher, dem zukünftigen Handeln vorgelagerter Prozeß, der aktiv gestaltend darauf gerichtet ist, Quantität und Qualität der in der Zukunft von einem Unternehmen zur Erreichung seiner (wirtschaftlichen) Planungsziele benötigten Arbeitskräfte, die aufgrund eines Arbeitsvertrages tätig werden sollen, zu bestimmen ¹⁾.

aa) Ermittlung des Personalbedarfs

Die entscheidende Größe bei der Personalbedarfsplanung ist der sogenannte Nettopersonalbedarf. Darunter versteht die betriebswirtschaftliche und arbeitsrechtliche Literatur die Differenz zwischen dem Bruttopersonalbedarf (dem Soll-Bestand der Arbeitnehmer) und dem tatsächlichen Personalbestand (Ist-Bestand) in einem bestimmten oder zumindest bestimmbar Zeitpunkt ²⁾.

Der Ist-Personalbestand errechnet sich aus den gegenwärtig vorhandenen Arbeitskräften einschließlich ihrer Qualifikationen abzüglich fest zu erwartender Abgänge durch Pensionierungen, Kündigungen, Invalidität, Tod, Beförderungen, Versetzungen, Wehrdienst, weitere Berufsausbildung; zugerechnet werden die sicher zu erwartenden Zugänge aufgrund verbindlicher Einstellungszusagen, Übertritten von Ausbildungs- in Arbeitsverhält-

1) Wenzel, a.a.O., S. 717 ff; Dederling, a.a.O., S. 56 ff; Wächter, a.a.O., S. 57; Wrabetz, a.a.O., S. 50.

2) Marx, a.a.O., S. 61; Hahn in Quelle 1972, S. 311; DAG S. 47; Ulrich/Staerkle, S. 14,19; Hentze, a.a.O., S. 66.

nisse oder der Rückkehr von Arbeitskräften vom Wehrdienst und von Umschulungen ¹⁾. Die Ermittlung des Bruttopersonalbedarfs ist abhängig von der Prognose über die zu erwartende wirtschaftliche und technische Entwicklung des Betriebs, die ihrerseits in den Investitions-, Produktions- und Absatzplänen ihren Ausdruck findet. Sie hat unter drei Aspekten zu erfolgen : In quantitativer Hinsicht ist die mengenmäßige Anzahl der benötigten Arbeitskräfte zu ermitteln, in qualitativer Hinsicht ist der Personalbedarf nach Qualifikationsgruppen (z.B. ungelernnte und angelernte Arbeiter, Facharbeiter, technische, kaufmännische und leitende Angestellte) und Funktionen (z.B. Schlosser, Dreher, Buchhalter, Programmierer usw.) festzulegen. Schließlich muß der Zeitpunkt bestimmt werden, in dem das Personal benötigt wird ²⁾.

Die Differenz zwischen dem so ermittelten Brutto- und dem so ermittelten Ist-Bestand ist der Nettopersonalbedarf; er ist das Ergebnis der Personalbedarfsplanung.

bb) Informationspflicht und Personalbedarfsplanung

Über den Nettopersonalbedarf hat der Arbeitgeber den Betriebsrat zu unterrichten. Unterrichtung ist die Erstattung von Auskunft durch den Unternehmer oder seine Vertreter

-
- 1) Vgl. Mohr, a.a.O., S. 26; anders Hentze, a.a.O., S. 66, der die zu erwartenden Abgänge ausgliedert und als sog. Ersatzbedarf ansieht.
2) Mohr, a.a.O., S. 21.

an den Betriebsrat. Die Unterrichtung ist eine einseitige Handlung des Unternehmers; allerdings hat der Betriebsrat ein Fragerecht zur Konkretisierung der Unterrichtung ¹⁾.

Interessant ist nun die Frage, ob der Betriebsrat nur über das Ergebnis des Planungsvorganges oder über den gesamten Planungsprozeß selbst und damit beispielsweise über die wirtschaftlichen Zielsetzungen des Betriebes in diesem Zusammenhang zu unterrichten ist.

(1) Unterrichtung über den Planungsprozeß

Das Gesetz schreibt eine "Unterrichtung über die Personalplanung, insbesondere über den gegenwärtigen und künftigen Personalbedarf" vor. Mit dem gegenwärtigen und künftigen Personalbedarf ist zweifelsfrei der (schon) feststehende, also bereits ermittelte Personalbedarf gemeint. Stellt man nur auf die Unterrichtung über den gegenwärtigen und künftigen Personalbedarf ab, so wäre Informationsgegenstand nur das Ergebnis der Planung, nicht aber auch der dem Ergebnis vorgelagerte Ermittlungsvorgang ²⁾.

Es fragt sich jedoch, ob sich aus der Gesetzeswendung "Unterrichtung über die Personalplanung (allgemein), insbesondere ..."

1) Rumpff, MitbeG 1972, S. 163.

2) So Hetzel, a.a.O., S. 52.

rückschließend ergibt, daß eine Information auch über den Ermittlungsvorgang erfolgen soll, da die Unterrichtung über die Personalplanung im allgemeinen über der besonderen Unterrichtung steht.

Hierfür spricht, daß - wie bereits gezeigt - die Personalbedarfsplanung kaum isoliert von den zahlreichen wirtschaftlichen Planungsbereichen eines Unternehmens gesehen werden kann, vielmehr eine Variable ist, die beispielsweise von der Absatz- und Produktionsplanung abhängig ist. Die Personalbedarfsplanung untersucht die einzelnen Teilpläne eines wirtschaftlichen Planungssystems auf ihre Konsequenzen für den Personalbedarf, hängt also von ihnen ab. Hierin liegt geradezu ein Charakteristikum der Personalbedarfsplanung. Unter diesem Gesichtspunkt erscheint es als wünschenswert, dem Betriebsrat über die Information bezüglich des ermittelten Personalbedarfs hinaus auch ein Informationsrecht über die Ermittlungsvorgänge einzuräumen ¹⁾.

(2) Unterrichtung über das Planungsergebnis

Die Frage, ob der Gesetzgeber dies wollte, kann jedoch nur im Hinblick auf den Zweck des Mitwirkungsrechts des Betriebsrats

1) Hahn in Quelle 1972, S. 361; Hetzel, a.a.O., S. 52; Dietz/Richardi, Anm. 9, 20 zu § 92; Wrabetz, a.a.O., S. 62; Fitting/Auffarth/Kaiser, Anm. 2a zu § 92; Meisel, S. 60; Marienhagen in BB 1971, S. 1010 Anm. 11; Stege/Weinspach, S. 316.

im Vorfeld der personellen Einzelmaßnahmen und durch einen systematischen Vergleich des § 92 BetrVG mit § 106 BetrVG gefunden werden.

Aus § 106 BetrVG ist dabei die Erkenntnis zu ziehen, daß zwar der Wirtschaftsausschuß, nicht aber der Betriebsrat über die wirtschaftlichen Angelegenheiten eines Unternehmens (Produktions- und Investitionsvorhaben, Rationalisierungsprogramme, Fabrikations- und Arbeitsmethoden) zu unterrichten ist, vor allem aber, daß nur aufgrund des § 106 BetrVG die sich aus den unternehmenspolitischen Zielsetzungen ergebenden Auswirkungen auf die Personalplanung darzustellen sind - und dies nur gegenüber dem Wirtschaftsausschuß. Während sich also nach § 106 BetrVG die Unterrichtungspflicht auf die Auswirkungen bestimmter wirtschaftlicher Angelegenheiten des Unternehmens auf die Personalplanung bezieht, nicht aber auf diese selbst, ist umgekehrt nach § 92 BetrVG - argumentum e contrario - der Betriebsrat über die Personalplanung zu informieren, nicht aber über die ökonomischen Zielvorgaben des Unternehmens ¹⁾.

Die faktische Verflochtenheit der verschiedenen unternehmerischen Planungsentscheidungen wird also vom Gesetzgeber rechtlich absichtlich aufgesprengt. Der Betriebsrat wird von der Kenntnis der zur Ermittlung des Personalbedarfs führenden unternehmeri-

1) Schlüter in Die Betriebswirtschaft 1982.

schen Vorentscheidungen ausgeschlossen ¹⁾.

Dagegen spricht nicht die Pflicht des Unternehmers, den Betriebsrat "anhand von Unterlagen" (§ 92 I 1 BetrVG) rechtzeitig und umfassend zu unterrichten. Fällt hier schon auf, daß der Unternehmer im Gegensatz zu § 106 II BetrVG nicht zur Vorlage der Unterlagen verpflichtet ist, das Informationsrecht des Betriebsrats also restriktiv gefaßt ist, ist vor allem zu beachten, daß "anhand von Unterlagen" nur soweit zu informieren ist wie die Pflicht aus § 92 BetrVG besteht.

Hier wird also nur eine Modalität der Wahrnehmung der Unterrichtung geregelt, nicht aber die Informationspflicht des Arbeitgebers erweitert oder verengt.

Für dieses Ergebnis spricht auch der Zweck der §§ 92 ff BetrVG, dem Betriebsrat Mitwirkungsbefugnisse um der besseren Durchschaubarkeit und Objektivierung der personellen Einzelmaßnahmen willen zu gewähren. Der Einblick in die Produktions- und Absatzplanung beispielsweise bringt hier den Betriebsrat nicht weiter.

Dafür, daß dem Betriebsrat nur die Ergebnisse, nicht der Prozeß der Personalbedarfsplanung mitzuteilen ist, spricht schließlich § 92 I 2 BetrVG. Aus dem Gesetzes-

1) Schlüter in Die Betriebswirtschaft 1982.

wortlaut ergibt sich eindeutig, daß sich das Beratungsrecht nicht auf die Erforderlichkeit personeller Maßnahmen bezieht, sondern nur auf die Art und den mit ihr notwendig verbundenen Umfang der erforderlichen Maßnahmen erstreckt ¹⁾. Gerade die Erforderlichkeit des Personalbedarfs ergibt sich aber aus den ihr vorausliegenden Entscheidungen in wirtschaftlichen Planungsbereichen. Es wird zwar nicht ausgeschlossen, daß bei den Beratungen über Art und Umfang der Maßnahmen auch deren Erforderlichkeit behandelt wird, entscheidend ist aber, daß sich das Mitwirkungsrecht des Betriebsrats nicht darauf erstreckt. Der Betriebsinhaber muß mit dem Betriebsrat nur Art und Umfang beraten; gedacht ist dabei nicht an den konkreten Einzelfall, sondern an globale Maßnahmen, die für eine Vielzahl von Arbeitnehmern, Betriebsabteilungen oder sogar für den ganzen Betrieb gelten.

Es ergibt sich also aus dem Aufbau des Gesetzes, daß der Gesetzgeber mit der Wendung "Unterrichtung über die Personalplanung, insbesondere über den gegenwärtigen und künftigen Personalbedarf" dem Informationsrecht des Betriebsrats über den gegenwärtigen und künftigen Personalbedarf neben anderen Personalplanungen (z.B. Deckungs-

1) So vor allem Erdmann/Jürging/Kammann, Anm. 5 zu § 92; Grabert, a.a.O., S. 74; Frey in BB 1973, S. 391; Rumpff in MitbEG 1972, S. 161,

planung) besonderes Gewicht beimessen wollte, keineswegs aber den Ermittlungsvorgang zur Festlegung des Bedarfs zum Informationsgegenstand machen wollte. Der Weg zur Festlegung der Personalsollzahlen ist also mitbestimmungs- und informationsfrei ¹⁾.

Der Betriebsrat ist also nur über das Endstadium der Planung auf dem laufenden zu halten.

Etwas anderes kann sich hier auch nicht aus dem Grundsatz und der Verpflichtung zur vertrauensvollen Zusammenarbeit ergeben: Die allgemeinen für die Zusammenarbeit von Arbeitgebern und Betriebsrat bestimmten Grundsätze dürfen nicht dazu verwendet werden, spezielle gesetzliche Entscheidungen nicht zu befolgen. Darüber hinaus darf ein Grundsatz nicht schon deshalb zur Anwendung kommen, weil mit ihm ein vielleicht wünschenswertes Ergebnis erreicht würde, das vom Gesetzgeber aber nun einmal so nicht gewollt ist.

c) Die Personalbeschaffungsplanung

Aufgabe der Personalbeschaffungsplanung ist das Aufstellen und Festlegen von Methoden und Mitteln, quantitative und qualitative Fehlbestände an Arbeitnehmern in Zukunft

1) Kammann/Hess/Schlochauer, § 92 Rdnr. 23; Marienhagen in BB 1971, 1009; a.A. Frey in BB 1973, S. 388 ff m.w.N.

termingerecht und in wirtschaftlich vertretbarer Weise ausgleichen zu können¹⁾; sie löst also das Problem, wie das fehlende Personal beschafft werden kann²⁾.

- aa) Die Personalbeschaffungsplanung als Teil der Personalplanung i.S.d. § 92 BetrVG

Daß die Personalbeschaffungsplanung als Gegenstand eines betriebsverfassungsrechtlichen Informationsrechts des Betriebsrats unter den Begriff der Personalplanung i.S.d. § 92 BetrVG fällt, folgt nicht unmittelbar aus dem Gesetzeswortlaut wie bei der Personalbedarfsplanung. Hierfür spricht aber folgende Überlegung:

Stellt sich bei der Personalplanung heraus, daß zusätzliches Personal benötigt wird, so schließt sich der Ermittlung des Nettopersonalbedarfs die Personalbeschaffungsplanung an; sie ist damit eine sich aus der Bedarfsplanung unmittelbar ergebende allgemeine personelle Maßnahme und somit Teil der Personalplanung i.S.d. § 92 BetrVG.

Auch aus dem Zusammenhang der Personalbeschaffungsplanung als solcher mit den dem § 92 BetrVG nachfolgenden Vorschriften ergibt sich rückschließend, daß die Personalbeschaffungsplanung als Teil der Personalplanung anzusehen ist: Gerade im Zusammen-

1) Vgl. Dederling, a.a.O., S. 83.

2) Personalbeschaffungsplanung als eigenständige Planungsart unbestritten; für viele: Rumpff, MitbeG 1972, 165; anders nur Hetzel, der die Beschaffungsplanung mit der Entwicklungsplanung und der Freisetzungsplanung als Unterpunkt einer "Personalbedarfsdeckungsplanung" ansieht.

hang mit der Personalbeschaffung werden die Mitwirkungsrechte des Betriebsrats bei der Ausschreibung von Arbeitsplätzen (§ 93) sowie beim Aufstellen von Personalfragebögen, Beurteilungsgrundsätzen (§ 94) und Auswahlrichtlinien (§ 95) relevant. Die starke Stellung des Betriebsrates in diesem Teilbereich unternehmerischer Personalpolitik trägt der Tatsache Rechnung, daß gerade die Personaldeckungsplanung die später zu treffenden konkreten Einstellungsmaßnahmen wesentlich beeinflußt und die Interessen der Arbeitnehmer hier besonders berücksichtigt werden.

bb) Personalbeschaffung vom internen und externen Arbeitsmarkt

Fehlendes Personal kann vom außerbetrieblichen oder vom innerbetrieblichen Arbeitsmarkt beschafft werden. Dem Betriebsrat ist das Recht eingeräumt, eine Stellenausschreibung allgemein oder für bestimmte Arten von Tätigkeiten vor ihrer Besetzung innerhalb des Betriebes zu verlangen (§ 93 BetrVG) ¹⁾. Die Personalbeschaffungsprobleme werden beim Ausgleich von Personalfehlbeständen innerhalb eines Betriebes - sieht man vom Sonderfall des Personalüberhanges einmal ab -

1) Zu den Vor- und Nachteilen der Personalbeschaffung im eigenen Betrieb oder über den Arbeitsmarkt vgl. RKW Personalplanung bei Umstellung des Arbeitsplatzes a.a.O., S. 14 ff.

aber nur scheinbar gelöst:

Jede Versetzung oder Beförderung eines Arbeitnehmers an einen freien Arbeitsplatz bedeutet nämlich, daß seine bisherige Position neu - und das heißt in der Regel durch Beschaffung einer Arbeitskraft vom externen Arbeitsmarkt - zu besetzen ist. Die innerbetriebliche Personalbeschaffung ist also oftmals nur eine Personalverschiebung ¹⁾. An dieser Stelle kann daher das Augenmerk auf die Planung der Personalbeschaffung vom externen Arbeitsmarkt gerichtet werden; hier liegt der Schwerpunkt der Personalbeschaffung.

Die erfolgreiche Beschaffungspolitik vom externen Arbeitsmarkt setzt zunächst eine Arbeitsmarktforschung voraus; hier ist zu erkunden, ob das Personal vom externen Arbeitsmarkt überhaupt beschafft werden kann ²⁾. Steht dieses fest, können Personalbeschaffungsmaßnahmen geplant werden. Der Personalbeschaffung dient die Personalwerbung. Durch sie sollen potentielle Belegschaftsmitglieder für den Betrieb und die betriebliche Arbeitsaufgabe interessiert werden ³⁾. Die Personalplanung kann sich mit der Anwerbung in- wie ausländische Arbeitnehmer sowie Ganztags- bzw. Teilzeitbeschäftigten befassen.

-
- 1) Friedrichs-Scherpf-Witte, a.a.O., S. 31 ff; Welzel, Personalbedarfsplanung, S. 16; Dederling, a.a.O., S. 83.
 - 2) Dietz/Richardi, § 92 Rdnr. 10.
 - 3) Hetzel, a.a.O., S. 59.

cc) Methoden der Personalbeschaffung

Dem Arbeitgeber stehen hier zahlreiche Methoden der Personalwerbung zur Verfügung: Vorrangiges Werbemittel ist die Stellenanzeige in Zeitschriften, Zeitungen oder bei Arbeitsämtern. Als Möglichkeiten der Personalbeschaffung kommen ferner in Betracht: die Auswertung von Stellengesuchen, die Kontaktpflege zu Arbeitsämtern, Schulen, Hochschulen, Fachverbänden, evtl. auch die Beschäftigung von Werkstudenten, die später in das Unternehmen eintreten sollen, sowie eine Information potentiell interessierter Arbeitnehmer über Aus- und Fortbildungseinrichtungen, Berufseinführungsprogramme, Stipendiatenförderung, Aufstiegsmöglichkeiten, soziale Betreuung, Lohn- und Gehaltsstruktur, Beschäftigungsbedingungen sowie Personalführung und Personalorganisation ¹⁾.

dd) Informationspflicht und Personalbeschaffungsplanung

(1) Entstehen der Informationspflicht

Die Personalbeschaffungsplanung unterfällt als Teil der Personalplanung dem Informationsrecht des Betriebsrats nach § 92 I 1 BetrVG und als Maßnahmeplanung auch dem Beratungsrecht nach § 92 I 2 BetrVG. Hier-

1) Vgl. zusammenfassend Marx, Personalplanung, a.a.O., S. 76 ff.

bei ist zu beachten, daß die der konkreten Beschaffungsplanung vorgelagerte Arbeitsmarktforschung Voraussetzung, nicht Teil der Personalplanung ist; sie ist somit auch nicht Informations- und Beratungsgegenstand ¹⁾. Der Tatbestand der Personalplanung ist erst dann gegeben, wenn aufgrund einer positiven Arbeitsmarktforschung Beschaffungsmaßnahmen oder Beschaffungsprogramme geplant werden.

Der Arbeitgeber hat den Betriebsrat zu informieren und mit ihm über die Art und den Umfang der geplanten Beschaffungsmaßnahmen zu beraten.

(2) Unterrichtung über Art und Methode der Beschaffungsplanung

Inhalt der Beratung sind hier die Fragen, welche personalpolitischen Maßnahmen ergriffen werden sollen, wo entsprechende Arbeitskräfte angeworben werden können und sollen, mit welchen Mitteln und über welche Medien, und - falls die Arbeitsmarktsituation Engpässe wahrscheinlich erscheinen läßt - welche Maßnahmen erforderlich werden, wenn der Bedarf auf dem üblichen, in der Regel lokalen Arbeitsmarkt nicht gedeckt werden kann ²⁾, und insbesondere, mit welchen Mitteln die Auslese der Bewerbungen erfolgen soll.

1) Dietz/Richardi, § 92 Rdnr. 10.

2) Rumpff, a.a.O., S. 72.

Daß die Festlegung von Art und Methode der Personalgewinnungsmaßnahmen unter das Beratungsrecht des Betriebsrats nach § 92 I 2 BetrVG fällt, wird namentlich von Hunold ¹⁾ bezweifelt. Er meint - ohne hierfür eine genauere Begründung zu liefern -, daß über die Personalbeschaffungsplanung nur insoweit mit dem Betriebsrat zu beraten sei, als die im Betrieb beschäftigten Mitarbeiter hiervon betroffen werden könnten. Dies sei insbesondere der Fall bei der prinzipiellen Frage, ob offene Stellen durch Mitarbeiter des Betriebes besetzt werden sollen - Zusammenhang mit § 93 BetrVG - oder durch Neueinstellungen von außen. Der Betriebsrat müsse insbesondere auch dann Gelegenheit zur Beratung mit dem Arbeitgeber haben, wenn in einem Bereich eines Unternehmens Personalunterdeckung bestehe, in einem anderen aber Personalüberschuß. Wenn aber Neueinstellungen von außen vorgenommen werden sollten, falle die Art der hierfür vorgesehenen Gewinnungsmaßnahmen (Einschaltung des Arbeitsamtes, Werbung in der Presse, Einschaltung eines Personalberaters usw.) nicht unter § 92 BetrVG; das gleiche gelte für die Frage, ob Neueinstellungen vorgenommen oder gegebenenfalls Leiharbeiter beschäftigt werden sollten ²⁾.

Für die Meinung Hunolds scheint auf den ersten Blick zu sprechen, daß die Rechte des

1) Hunold in Der Betrieb 1976, S. 98 ff.

2) Hunold, a.a.O., S. 99.

Betriebsrats bei den allgemeinen personellen Maßnahmen immer im Hinblick auf die anschließenden personellen Einzelmaßnahmen zu sehen sind; um ihrer und der davon in Zukunft betroffenen Mitarbeiter willen sind diese Rechte geschaffen worden; sie haben keinen von den Einzelmaßnahmen losgelösten eigenen Stellenwert.

Übersehen wird hierbei jedoch, daß der gesetzgeberische Wille, die Personalplanung durchschaubarer und objektivierbarer zu machen, unabhängig von dieser Kautele gilt: Ist die Personalbeschaffungsplanung - was auch von Hunold konstatiert wird - Teil der Personalplanung, fragt sich, welche Handlungen diesem Begriff zugeordnet werden sollen, wenn nicht gerade die Entscheidung darüber, wie der festgestellte Personalbedarf zu decken ist. Ein Informations- und Beratungsrecht des Betriebsrats hinsichtlich der Deckungsplanung ohne Mitwirkungsrecht bei der Bestimmung der Modalitäten der Arbeitskraftbeschaffung ist sinnlos.

Gegen die angesprochenen Rechte des Betriebsrats kann auch nichts aus § 93 BetrVG hergeleitet werden mit der Begründung, diese Vorschrift wäre überflüssig ¹⁾, wenn die Arbeitnehmervertreter ohnehin nach § 92 BetrVG Einfluß auf die Modalitäten der Arbeitskraftgewinnung hätten. Eine solche Argu-

1) So aber Hunold, a.a.O., S. 99.

mentation würde nämlich übersehen, daß die wesentliche Regelungswirkung des § 93 BetrVG darin besteht, hinsichtlich der internen Stellenausschreibung, also bei der Arbeitskraftgewinnung aus dem Betrieb heraus, die Befugnisse des Betriebsrats von einem Mitwirkungs- zu einem echten Mitbestimmungsrecht zu erhöhen ¹⁾.

Für ein Mitwirkungsrecht des Betriebsrats bezüglich der Art und Weise der Arbeitskraftgewinnung vom externen Arbeitsmarkt sprechen schließlich die §§ 94, 95 BetrVG. Die Erstellung von Personalfragebögen, Beurteilungsgrundsätzen und Auswahlrichtlinien hat mit den in ihnen angesprochenen Einstellungs- voraussetzungen notwendig auch Auswirkungen auf die Personalbeschaffung, da diese nur insoweit sinnvoll ist, wie Arbeitnehmer angesprochen werden, die den aufgrund der §§ 94 f BetrVG festgelegten Qualifikationen entsprechen. Demnach aber muß mit dem Betriebsrat auch die Art und Weise besprochen werden, wie an derart qualifizierte Mitarbeiter heranzukommen ist.

d) Die Personaleinsatzplanung

aa) Personaleinsatzplanung als Teil der Personalplanung i.S.d. § 92 BetrVG

Die Personaleinsatzplanung knüpft an die Resultate der Personenbedarfs- und -beschaffungsplanung an ²⁾; beide Bereiche erlangen

1) Dietz/Richardi, § 93 Rdnr. 1.

2) Hetzel, a.a.O., S. 90.

erst ihre Bedeutung durch die wechselseitige Zuordnung ihrer Aussagen im Rahmen der Personaleinsatzplanung ¹⁾. Diese ist demgemäß notwendiger Bestandteil jeder Personalplanung, spielt somit auch eine entscheidende Rolle im Hinblick auf spätere personelle Einzelmaßnahmen und gehört somit in den Teilbereich der Personalplanung, der seine Bedeutung im Vorfeld einer speziellen Einstellungsmaßnahme erlangt.

Die Personaleinsatzplanung ist Informations- und Maßnahmeplanung ²⁾ und als solche Teil der der Mitwirkung des Betriebsrats unterliegenden Personalplanung gemäß § 92 BetrVG ³⁾.

bb) Aufgabe der Personaleinsatzplanung

Die Personaleinsatzplanung erfüllt die Aufgabe der optimalen Zuordnung von Arbeitskräften und Stellen. Mit ihr sollen die verfügbaren Arbeitskräfte möglichst rationell eingesetzt werden ⁴⁾. Ziel ist die bestmögliche - also die wirtschaftlichste und menschengerechteste - Verteilung des Arbeitskräftepotentials auf die zu besetzenden Stellen ⁵⁾. Dieses Zuordnungsproblem besteht nicht nur in der "Anpassung des Menschen an die Arbeit" ⁶⁾, sondern auch und gerade in der "Anpassung der Arbeit an den Menschen" ⁷⁾.

1) Hetzel, a.a.O., S. 90.

2) Dietz/Richardi, § 92 Anm. 12; Hunold, DB 1976, 99.

3) Dietz/Richard, § 92 Anm. 12; Dederling, a.a.O., S. 124 ff; Kraft, GK-BetrVG, § 92 Anm. 5; Pitting/Auffarth/Kaiser, § 92 Anm. 7; Hetzel, a.a.O., S. 93.

4) Hetzel, a.a.O., S. 90.

5) Dederling, a.a.O., S. 128.

6) Ulrich/Staerkle, Personalplanung 1965, S. 31.

7) Vgl. RKW: Die Anpassung der Arbeit an den Menschen, Frankfurt 1961.

cc) Informationspflicht und Personaleinsatzplanung

Unklar ist aber auch hier die Reichweite der Befugnisse des Betriebsrats im einzelnen:

Berücksichtigt man den schon früher hervorgehobenen Aspekt, daß die Mitwirkung des Betriebsrats vor allem unter dem Gesichtspunkt einer Beteiligung an personellen Grundsatzenscheidungen steht, die die Grundlage für personelle Einzelentscheidungen bilden ¹⁾, dann kann man auch der Auffassung folgen, daß der aufgrund des Direktionsrechts des Arbeitgebers erfolgte konkrete Arbeitseinsatz des einzelnen Arbeitnehmers nicht hierhergehört ²⁾.

Rumpff ³⁾ hält diese Ausklammerung des konkreten Arbeitseinsatzes einzelner Arbeitnehmer für zu begrifflich und lehnt sie daher ab. Die kollektive Einsatzplanung sei schließlich nur eine Zusammenfassung der entsprechenden individuellen Planungen; hier sei eines der "Hauptkampffelder" für die Wirtschaftlichkeit der Betriebsführung der deutschen Wirtschaft in den nächsten Jahren überhaupt; deswegen dürfe kein Zweifel daran bestehen, daß dieser Bereich unter das Mitwirkungsrecht des Be-

1) Dietz/Richardi, § 92 Anm. 12.

2) Galperin/Löwisch, § 92 Anm. 9; Kammann/Hess/Schlochauer, § 92 Rdnr. 20.

3) In: Mitbestimmung in wirtschaftlichen Angelegenheiten, S. 84.

etriebsrats nach § 92 BetrVG falle.

Rumpff berücksichtigt hier jedoch nicht hinreichend das Verhältnis der §§ 92-95 BetrVG zu § 99 BetrVG, also die vom Gesetzgeber gewollte strikte Trennung zwischen allgemeinen personellen Maßnahmen und personellen Einzelmaßnahmen.

Zudem ist die Personaleinsatzplanung etwas anderes als die Zusammenfassung individueller Personaleinsatzplanungen: Die im Stellenplan vorgesehenen Arbeitsplätze sind in der Regel nicht auf bestimmte Arbeitnehmer ausgerichtet, sondern auf die Normalleistungen erbringende "Durchschnittspersönlichkeit" mit durchschnittlichen Eigenschaften und Verhaltensweisen ¹⁾. Es geht hier also noch nicht darum, die persönlichen Daten einzelner Mitarbeiter mit den Daten aus den Stellenbeschreibungen in Einklang zu bringen; vielmehr beschränken sich die Mitwirkungsrechte des Betriebsrats darauf, mit dem Arbeitgeber über den Stellenplan und dessen Anpassung an die Arbeitskräfte zu beraten ²⁾. Tätigkeitsbeschreibungen und Anforderungsprofile aus den Stellenbeschreibungen sollen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmervertretung abgestimmt werden ³⁾. Insoweit ist die Personaleinsatzplanung mit der Erstellung von Auswahlrichtlinien und Beurteilungsgrundsätzen in Einklang zu bringen.

1) Vgl. Dederling, S. 128.

2) Dederling, a.a.O., S. 128.

3) Derselbe ebenda.

e) Die Infrastrukturplanung

Unklar ist, inwieweit auch die Gestaltung der Arbeitsbedingungen, also des Arbeitsablaufs und der Arbeitsplätze (Infrastrukturplanung) hierher gehört ¹⁾. Dabei geht es um Einwirkungen auf Arbeitsumgebung, wie Arbeitsmittel-, Arbeitsplatz- und Raumgestaltung ²⁾. Diese Frage wird im vorliegenden Zusammenhang deshalb relevant, weil sich durch die Einführung neuer Technologien und Arbeitstechniken auch die Anforderungen an neueinzustellende Arbeitnehmer verändern.

In der Literatur ist die Tendenz erkennbar, die Infrastrukturplanung als Teil der Personalplanung dem Mitwirkungsrecht des Betriebsrats zu unterstellen ³⁾. Danach haben sich Arbeitgeber und Betriebsrat mit den Erkenntnissen der Arbeitswissenschaft in bezug auf physische und psychische Einflüsse der Arbeitsgegebenheiten auf den arbeitenden Menschen und auf seine Leistung zu beschäftigen und als Teilbereich der Infrastrukturplanung auch mit der Gestaltung der Arbeitsplätze, wie Arbeitssitze, Höhe der Arbeitsflächen, Vibration am Arbeitsplatz usw. ⁴⁾. Weiterer Gegenstand der Infrastrukturplanung ist die Arbeitsablauf-

1) Bejahend: Dederling, a.a.O., S. 128 f; verneinend Hetzel, a.a.O., S. 90, 95 ff.

2) Dederling, a.a.O., S. 129.

3) Frey in BB 73, 389; Dietz/Richardi, § 92 Rdnr.16.

4) Weitere Beispiele bei Hetzel, a.a.O., S. 96 f.

planung als organisatorische, räumliche und zeitliche Gestaltung des Arbeitsvorhabens.

Der Einbeziehung der Infrastrukturplanung in den Personalplanungsbegriff des § 92 BetrVG ist aber entgegenzutreten: ¹⁾ Die Infrastrukturplanung gehört zum Bereich der sozialen Angelegenheiten der §§ 87, 88 BetrVG ²⁾; hier hat der Betriebsrat ein Unterrichtsrecht nach § 90 BetrVG.

Mit der Trennung des Unterrichtsgegenstandes der §§ 90, 92 klammert das Betriebsverfassungsgesetz die Infrastrukturplanung aus dem Bereich der Personalplanung aus ³⁾. Damit wird nicht bestritten, daß auch zwischen Infrastrukturplanung und Personalplanung Interdependenzen bestehen ⁴⁾. Die gesamte Gestaltung der Beschäftigungsbedingungen - also der sozialen Angelegenheiten - hat unmittelbare Bedeutung für die Personalplanung ⁵⁾. Ähnlich wie bei der wirtschaftlichen Unternehmensplanung folgt daraus aber kein Recht des Betriebsrats nach § 92 BetrVG. Eine vorausschauende Personalplanung sollte sich aber mit den Ergebnissen der Infrastrukturplanung beschäftigen und diese berücksichtigen.

-
- 1) Ablehnend auch Hetzel, S. 97 f; Hunold, DB 76, 100; Galperin/Lösich, § 92 Rdnr. 9; Kammann/Hess/Schlochauer, § 92 Rdnr. 21.
 - 2) Galperin/Löwisch, § 92 Rdnr. 9; Kammann/Hess/Schlochauer, § 92 Rdnr. 21.
 - 3) Hetzel, a.a.O., S. 97.
 - 4) Derselbe, a.a.O., S. 98.
 - 5) Dietz/Richardi, § 92 Rdnr. 16.

f) Die Personalstrukturplanung

Die Personalstrukturplanung hat die Aufgabe, einen für das Unternehmen bestmöglichen Aufbau der Belegschaft nach Alter und Geschlecht wie auch nach anderen Gesichtspunkten herbeizuführen ¹⁾. So ist das richtige Verhältnis von Arbeitern und Angestellten, Fachkräften und Ungelernten, Inländern und ausländischen Arbeitnehmern zu ermitteln ²⁾.

Die zukünftige Personalstruktur ist bereits im Rahmen der Personalbedarfsplanung festzulegen, ist genau genommen sogar einer ihrer wesentlichen Bestandteile ³⁾. Die Personalstrukturplanung unterliegt schon von daher dem Mitwirkungsrecht des Betriebsrats nach § 92 BetrVG ⁴⁾. Als Teil der Personalbedarfsplanung wird das Informationsrecht des Betriebsrats hinsichtlich der strukturellen Planungen nur insoweit bedeutsam, wie sie für die Wahrnehmung der Mitwirkungsrechte bei der Beschaffungsplanung erforderlich ist ⁵⁾. Nur wegen der Maßnahmeplanung und im Zusammenhang mit dieser kann im Einzelfall Information und Beratung mit dem Betriebsrat in Frage kommen ⁶⁾.

1) Hetzel, S. 102.

2) Hunold DB 1976, S. 199.

3) Hetzel, S. 104; Hunold, a.a.O., S. 100.

4) Einschränkung Hunold DB 1976, 99 f.

5) Vgl. Hunold DB 1976, 99 ff.

6) Derselbe, dortselbst.

g) Sonstige Bereiche der Personalplanung

Soweit der Begriff der Personalplanung sonstige Planungsteilbereiche umfaßt - wie Personalentwicklungs-, -abbau-, -kosten- und -kontrollplanung - spielen sie im Zusammenhang mit der Mitwirkung des Betriebsrats im Vorfeld von Einstellungsmaßnahmen keine oder keine nennenswerte Rolle.

aa) Personalabbauplanung

Bei der Personalabbauplanung ¹⁾ geht es um die die Planung der Personalverringerung für den Fall, daß die Personalbedarfsplanung zu einem negativen Ergebnis kommt, sei es hervorgerufen durch Rationalisierung (Automatisation) oder Produktionsrückgang infolge Absatzrückganges. Dieser Planungsteilbereich kann im Rahmen dieser Arbeit unberücksichtigt bleiben.

bb) Personalentwicklungsplanung

Unter Personalentwicklungsplanung wird eine Planung verstanden, welche die Leistungsfähigkeit und Leistungsbereitschaft im Betrieb bereits tätiger Arbeitnehmer derart vergrößert, daß die Arbeitnehmer ihren Anlagen und Neigungen entsprechend im Hinblick auf die Betriebsaufgaben das Beste zu

1) Dietz/Richardi, § 92 Rdnr. 12; Fitting/Auffarth/Kaiser, § 92 Rdnr. 7.

leisten vermögen ¹⁾; die Personalentwicklungsplanung befaßt sich also nur mit schon im Betrieb tätigen Arbeitnehmern. Auch dieser Teilbereich kann unberücksichtigt bleiben, da es im Rahmen dieser Arbeit nur um die Mitwirkung des Betriebsrats im Einstellungsverfahren geht.

cc) Personalkostenplanung

Da jede personelle Maßnahme auch Kosten für das Unternehmen nach sich zieht, wird zur Personalplanung im betriebswirtschaftlichen Sinn auch die Personalkostenplanung gezählt ²⁾.

Sie gewinnt Gestalt in der anforderungsgerichten Arbeitsbewertung wie auch in einer leistungsgerechten Entgeltgestaltung ³⁾. Zudem werden hier künftige voraussehbare Kostensteigerungen durch Tarifierhöhungen ebenso bestimmend wie grundsätzliche Entscheidungen zur Entgeltpolitik ⁴⁾. Die Personalkostenplanung bezieht sich weiterhin auf finanzielle Aufwendungen für die Personalwerbung, für Aus- und Fortbildungen sowie Sozialeinrichtungen ⁵⁾.

Daß die Personalkostenplanung aber nicht Teil der Personalplanung im arbeitsrechtlichen Sinn ist, ergibt sich aus § 87 I Ziffer 10 und 11 BetrVG ⁶⁾. Diese Vorschriften erfassen die gesamte betriebliche Entgeltgestaltung einschließlich der Aufstellung entgeltbezogener Beurteilungsgrundsätze als Mitbestimmungsaufgabe. Damit weisen

1) Friedrichs/Scherph/Witte, a.a.O., S. 39; Marx, S. 90 f.

2) Hetzel, S. 104.

3) Derselbe, S. 105.

4) Hunold, S. 100.

5) DAG, a.a.O., S. 17; Loew, a.a.O., S. 30; Ulrich/Staerkle, S. 37 f.

6) Hetzel, S. 105.

sie die Personalkostenplanung dem Bereich der sozialen, nicht dem der personellen Angelegenheiten zu ¹⁾. Die Personalkostenplanung insgesamt ist zudem als Teil der Finanzplanung betriebsverfassungsrechtlich eine von personellen Angelegenheiten zu unterscheidende wirtschaftliche Angelegenheit und insoweit Gegenstand einer Unterrichtung des Wirtschaftsausschusses nach § 106 BetrVG. Sie ist somit keinesfalls Teil der Personalplanung im Sinne des § 92 BetrVG ²⁾.

dd) Personalkontrollplanung

Schließlich wird zur Personalplanung auch die Kontrollplanung gerechnet ³⁾. Sie dient dazu, zu überprüfen, ob mit dem vorhandenen personalpolitischen Instrumentarium das Ziel der Personalpolitik verwirklicht werden kann ⁴⁾. Damit ist sie ursächlich für etwaige Korrekturen, Veränderungen und Verbesserungen von Planungsziel und -instrumentarium ⁵⁾. Daß die regelmäßige Überprüfung vorhandener Planungsdaten und deren Anpassung an veränderte Verhältnisse jeder rationalen Planung immanent ist ⁶⁾, braucht hier nicht besonders betont zu werden. Deshalb unterliegt dem Informationsrecht des Betriebsrats die Personalkontrollplanung insoweit, wie die von ihr betroffenen Gegenstände in den einzelnen

1) Hetzel, a.a.O., S. 106.

2) Hunold, S. 100; Fabricius/Kraft/Wiese, § 92 Rdnr. 6.

3) Dietz/Richardi, § 92 Rdnr. 14; Fitting/Auffarth/Kaiser, § 92 Rdnr. 8.

4) Dietz/Richardi, § 92 Rdnr. 14.

5) Hetzel, a.a.O., S. 107.

6) Hunold, DB 76, 100.

Planungsbereichen betriebsverfassungsrechtlich zur Personalplanung gehören ¹⁾.

2. Ausübung der Mitwirkungsrechte im einzelnen

a) Informationsrechte

Das Unterrichtsrecht des Betriebsrats bezieht sich auf die gesamten zur Personalplanung gehörenden Bereiche, insbesondere auch auf die im Vorfeld einer Einstellung maßgeblichen Teilplanungsbereiche wie auf die Personalbedarfs-, Personalbeschaffungs- und Personaleinsatzplanung.

aa) Umfassende Unterrichtung

(1) Ökonomische Zielvorgaben

Die Unterrichtung des Betriebsrats muß umfassend sein. Was dies im einzelnen bedeutet, ist umstritten. Insbesondere Weiss ²⁾ und Rehhahn ³⁾ meinen, daß Information über Personalplanung nur dann aussagekräftig sei, wenn die übrigen unternehmerischen Determinanten mit einbezogen würden; erst dann sei eine Beteiligung des Betriebsrats "sinnvoll". Deshalb sei der Arbeitgeber verpflichtet, die Grundlinien der Planungsentscheidungen in anderen Bereichen (wirtschaftlichen

1) Hetzel, S. 107.

2) Weiss, Betriebsverfassungsgesetz, S. 274.

3) Rehhahn, AuR 1974, 66 ff.

Angelegenheiten wie Produktions- und Investitionsvorhaben) insoweit mitzuteilen, als sie für das Verständnis der Bandbereite möglicher Personalplanung notwendig seien. Weiss und Rehhahn verkennen hierbei, daß - wie oben festgestellt -, der Betriebsrat grundsätzlich im Bereich der allgemeinen personellen Angelegenheiten von der Information über die ökonomischen Zielvorgaben ausgeschlossen ist. Die Unterrichtung muß aber so vollständig sein, daß sich der Betriebsrat eine klare Vorstellung von den einzelnen Teilplanungen und beabsichtigten Maßnahmen machen kann ¹⁾ und er sich mit der Frage der Planung bzw. des Personalbedarfs einschließlich der Maßnahmen und der Härtevermeidung ohne weitere Nachfragen beschäftigen kann ²⁾.

(2) Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse

Die Gefährdung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen bildet jedoch anders als nach § 106 II BetrVG keine Grenze der Unterrichtungspflicht des Arbeitgebers; hier muß die zum Schutz des Unternehmers angeordnete Geheimhaltungspflicht den Betriebsratsmitgliedern - § 79 I 1 BetrVG - ausreichen ³⁾.

1) Dietz/Richardi, § 92 Rdnr. 22; Galperin/Löwisch, § 92 Rdnr. 12; Kammann/Hess/Schlochauer, § 92 Rdnr. 25.

2) Rumpff, a.a.O., S. 92.

3) Galperin/Löwisch, § 92 Rdnr. 12; Düttmann/Zachmann, Rdnr. 295.

bb) Unterrichtung anhand von Unterlagen

Die Unterrichtung des Betriebsrats hat anhand von Unterlagen zu erfolgen. Als solche Unterlagen kommen Stellenpläne, Fluktuationsstatistiken, Fehlzeitenstatistiken, Ausbildungsstatistiken usw. in Betracht.

Was mit der Wendung "anhand von Unterlagen" gemeint ist, ist in der Literatur umstritten ¹⁾.

Sicher bedeutet "anhand von Unterlagen", daß der Arbeitgeber dem Betriebsrat zumindest die Unterlagen bekanntgeben muß, aufgrund derer er diese oder jene Maßnahme für erforderlich hält; der Betriebsrat kann ferner verlangen, daß die Personalplanungsunterlagen für den Unternehmer greifbar sind ²⁾. Der Unternehmer muß in der Lage sein, etwaige Fragen des Betriebsrats im Zusammenhang mit bevorstehenden Einstellungsmaßnahmen erschöpfend zu beantworten ³⁾.

Eine andere Frage ist aber, ob der Betriebsrat das weitergehende Recht hat, Einsicht in die Unterlagen zu nehmen ⁴⁾ oder gar verlangen kann, diese zur Verfügung gestellt zu bekommen ⁵⁾.

-
- 1) Umfassend hierzu Hetzel, a.a.O., S. 119 ff.
 - 2) Den Anspruch des Betriebsrats hieraus beschränkend Peltzer, DB 72, 1164/66.
 - 3) Peltzer, ebenda.
 - 4) Dietz/Richard, § 92 Rdnr. 24; Rumpff, MitbEG 72, 163; Fabricius/Kraft/Thiele/Wiese, § 92, 10; Galperin/Löisch, § 92 Anm. 13; Kammann/Hess/Schlochauer, § 92 Rdnr. 26.
 - 5) Fitting/Auffarth/Kaiser, § 92 Anm. 9; Weiss, a.a.O., 275.

Zur Entscheidung der Frage, welcher unter den verschiedenen Auffassungen zu folgen ist, bedarf es eines gesetzessystematischen Vergleichs zwischen § 92 BetrVG einerseits und den §§ 80, 99, 106 II BetrVG andererseits.

Inbesondere von Fitting/Auffarth/Kaiser¹⁾ wird die Auffassung vertreten, daß dem Betriebsrat jederzeit zur Durchführung seiner Aufgaben die erforderlichen Unterlagen zur Verfügung zu stellen seien; wo es sich um kompliziertere Unterlagen handle, sei der Arbeitgeber über die Zurverfügungstellung hinaus zu allgemeinverständlicher Erläuterung verpflichtet; erforderlichenfalls sei der Arbeitgeber auch verpflichtet, Unterlagen für den Betriebsrat herzustellen, wie zum Beispiel Kopien anzufertigen. § 80 II BetrVG sei in diesem Zusammenhang übergreifende Norm bei der Auslegung des § 92 BetrVG; die Vorschrift skizziere den allgemeinen Handlungsrahmen für den Gesamtbereich der Betriebsratstätigkeit; die in § 80 BetrVG dem Betriebsrat zugewiesenen Rechte seien nicht vom Vorliegen bestimmter konkreter Mitwirkungsbefugnisse abhängig.

Mit dieser Argumentation wird verkannt, daß § 80 BetrVG als Generalregel für die Aufgaben und Rechte des Betriebsrats nach dem Grundsatz "leges speciales derogant legi generali"²⁾ hinter die auf konkrete Kompe-

1) § 92 Rdnr. 9; Weiss, S. 275 mit Verweis auf § 80 Anm. 3 b.

2) Larenz, Methodenlehre, S. 251, 252.

tenzen bezogenen speziellen Unterrichtsrechte z.B. nach §§ 92, 106 BetrVG zurücktritt ¹⁾.

Daß § 80 Abs. 2 BetrVG nicht die übrigen Mitwirkungsrechte des Betriebsrats überlagert, folgt auch daraus, daß anderenfalls die vom Gesetzgeber gewollte Differenzierung bei der Ausgestaltung der Beteiligungsrechte nicht zur Geltung käme; das Gesetz unterscheidet nämlich terminologisch zwischen der Unterrichtung "anhand von Unterlagen" und "unter Vorlage der Unterlagen". So ist in § 92 BetrVG nur von der Unterrichtung des Betriebsrats "anhand von Unterlagen" die Rede, während sie nach §§ 99, 106 Abs. 2 BetrVG unter "Vorlage der erforderlichen Unterlagen" erfolgen soll.

Daß selbst in § 106 II BetrVG nicht die Aushändigung der schriftlich fixierten Planungen verlangt wird, zeigt die Legaldefinition der "Vorlagepflicht" in § 108 III BetrVG ²⁾: danach sind die Mitglieder des Wirtschaftsausschusses berechtigt, in die nach § 106 I BetrVG vorzulegenden Planungsunterlagen Einsicht zu nehmen. Sind die Rechte des Betriebsrats also derart restriktiv selbst dort zu verstehen, wo die Vorlage der erforderlichen Unterlagen gefordert wird, kann in § 92 BetrVG nichts anderes als die Pflicht des Unternehmers zu

1) So auch Kammann/Hess/Schlochauer, § 92 Rdnr. 26; Hetzel, S. 127.

2) Vgl. Peltzer DB 72, 1166.

ihrer Bereithaltung gemeint sein.

Im Ergebnis ist also der Auffassung Peltzers zu folgen ¹⁾.

cc) Rechtzeitige Unterrichtung

Die Unterrichtung des Betriebsrats hat schließlich rechtzeitig zu erfolgen. Das bedeutet zunächst einmal, daß der Arbeitgeber verpflichtet ist, den Betriebsrat an den Personalplanungsmaßnahmen zu beteiligen, bevor er seine Überlegungen - in welcher Form auch immer - der Belegschaft oder Teilen davon zur Kenntnis bringen darf ²⁾.

Weiter muß die Unterrichtung entsprechend der Intention des § 92 BetrVG zu einem Zeitpunkt erfolgen, in dem es dem Betriebsrat noch möglich ist, Einfluß auf die Personalplanung zu nehmen ³⁾. Zur Ausübung seiner Mitwirkungsrechte müssen dem Betriebsrat die notwendigen Informationen zu einem Zeitpunkt zugänglich gemacht werden, in dem die Planung noch nicht, und zwar auch nicht teilweise verwirklicht ist ⁴⁾. Daraus kann aber nicht gefolgert werden, der Betriebsrat sei, soweit es um die Maßnahmeplanung - beispielsweise also um die Personaldeckungs-

1) Peltzer, DB 72, 1164/66.

2) ArbG Hagen 17.10.73, ZBV 1973, S. 73 ff.

3) Vgl. Galperin/Löwisch, § 92 Rdnr. 14; Dietz/Richardi, § 92 Rdnr. 21; Fabricius/Kraft/Thiele/Wiese, § 92 Rdnr. 21; OLG Hamm DB 78, 748 f (749).

4) Dietz/Richardi, § 92 Rdnr. 21.

planung - geht, schon im Planungsstadium hinzuzuziehen ¹⁾. Das Gesetz schreibt keine Einschaltung des Betriebsrats in die, sondern nur eine Unterrichtung über die Planung vor ²⁾.

Das Erfordernis der Rechtzeitigkeit seiner Beteiligung soll nur sicherstellen, daß die Personalplanung des Unternehmens und die aus ihr abzuleitenden personellen Konsequenzen noch durch Beratungen und Initiativen beeinflußbar sind ³⁾. § 92 BetrVG ist Genüge getan, wenn der Betriebsrat die Chance hatte, auf eine schon abgeschlossene Entscheidung der Unternehmensleitung, welche unter dem Vorbehalt einer Änderung nach Beratung mit dem Betriebsrat ergangen ist, korrigierend Einfluß nehmen zu können ⁴⁾. Welcher Zeitpunkt genau in Frage kommt, kann generalisierend nicht gesagt werden. Das hängt u.a. auch davon ab, ob es sich um eine längerfristige oder kurzfristige Planung handelt. Hier kann daher nur festgehalten werden, daß der Anspruch des Betriebsrats nach § 92 BetrVG jedenfalls dann verletzt ist, wenn er erst nach Einleitung konkreter personeller Maßnahmen eingeschaltet wird.

Zur Häufigkeit der Information und der Beratung schweigt das Gesetz; aus dem Gesetzeszweck läßt sich aber entnehmen, daß Infor-

1) So aber Dietz/Richardi, § 92 Rdnr. 21; Galperin/Löwisch, § 92 Rdnr. 14.

2) Fabricius/Kraft/Thiele/Wiese, § 92 Rdnr. 21.

3) Hetzel, a.a.O., S. 114.

4) Derselbe, ebenda.

mationen immer dann gegeben werden müssen bzw. Beratungen immer dann stattfinden müssen, wenn eine Planungsentscheidung ansteht ¹⁾.

b) Beratungsrechte

Bezieht sich das Informationsrecht des Betriebsrats auf die ganze Spannweite der Planungen, so ist das Beratungsrecht nach § 92 Abs. 1 S. 2 BetrVG gegenständlich eingeschränkt ²⁾; die Personalbedarfsplanung selbst ist, wie sich schon aus dem Wortlaut des Gesetzes eindeutig ergibt, nicht Maßnahmeplanung und daher nicht Beratungsgegenstand ³⁾. Nicht hierher gehört demnach das Recht, darüber mit dem Arbeitgeber diskutieren zu können, ob überhaupt personelle Maßnahmen vorgenommen werden sollen ⁴⁾.

Das Beratungsrecht des Betriebsrats bezieht sich nur auf Beratungen über Art und Umfang sich aus der Personalbedarfsplanung ergebenden erforderlichen Maßnahmen und die Vermeidung von Härten.

Der Ausdruck "erforderliche Maßnahme" bedeutet nach dem eindeutigen Gesetzeswortlaut nicht, daß beraten werden soll, ob überhaupt personelle Maßnahmen erforderlich sind, sondern er zielt ab auf die Art und den notwendigen Umfang der Maßnahmen ⁵⁾.

1) Vgl. Weiss, a.a.O., S. 276.

2) Hetzel, S. 127.

3) Dietz/Richardi, Rdnr. 26 zu § 92; Galperin/Löwisch, Rdnr. 15 zu § 92; a.A. aber Rumpff in MitbeG 1972, S. 164 und Weiss, S. 275, 276.

4) Dietz/Richardi, § 92 Anm. 26; Kammann/Hess/Schlochauer, § 92 Rdnr. 27; a.A. Rumpff, a.a.O. und Weiss, a.a.O.

5) Richardi, ZfA - Sonderheft 1972, S. 4.

Unter dem Begriff der "erforderlichen Maßnahmen" sind demnach alle aus der Personalbedarfsplanung folgenden konkreten personellen Teilplanungen zu verstehen, wobei - wie bereits oben festgestellt - diese Vorschrift dem Betriebsrat kein Recht zur Beratung des konkreten Arbeitseinsatzes bestimmter Arbeitnehmer gibt ¹⁾.

3. Stellenwert der Mitwirkungsrechte nach § 92 BetrVG

Es fragt sich, welchen Stellenwert die Mitwirkungsrechte des Betriebsrates nach § 92 BetrVG besitzen. Festzustellen bleibt zunächst, daß es sich hier um Informations- und Beratungsrechte handelt, nicht um Mitbestimmungsrechte ²⁾.

§ 92 BetrVG gibt dem Betriebsrat die Möglichkeit, auf die Willensbildung des Arbeitgebers Einfluß zu nehmen; die Personalplanung soll nicht nur unter wirtschaftlicher Zielsetzung erfolgen, sondern es sollen auch die Interessen der Arbeitnehmer an sicheren und qualifikationsgerechten Arbeitsplätzen berücksichtigt werden; dadurch soll die leichtfertige und absichtliche Überwälzung des unternehmerischen Risikos auf den Arbeitnehmer verhindert werden ³⁾. Vorschläge der Arbeitnehmerseite und aus der Arbeitnehmersicht

1) Kammann/Hess/Schlochauer, § 92 Rdnr. 28.

2) Dazu oben S. 6.

3) Vgl. Kehrman/Schneider, Der Personalrat, 1973, 23 (25).

sollen in die Entscheidung des Arbeitgebers einfließen, wobei das Alleinentscheidungsrecht beim Arbeitgeber verbleibt ¹⁾.

Das bedeutet, daß der Arbeitgeber einerseits aus dem Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit verpflichtet ist, sich mit den Anregungen und Maßnahmevorschlägen des Betriebsrats auseinanderzusetzen; er kann sie nicht einfach übergehen ²⁾. Andererseits aber bleibt der Arbeitgeber nach Information und Beratung mit dem Betriebsrat unter Berücksichtigung des Beratungsergebnisses in seiner Entscheidung eigenverantwortlich frei ³⁾.

Das bedeutet: er kann durchaus aufgrund seiner Überlegungen sich für Maßnahmen entscheiden, die mit den Vorstellungen und Vorschlägen des Betriebsrats nicht übereinstimmen. Das gilt in diesem Zusammenhang insbesondere für die mit dem Betriebsrat zu erörternden Maßnahmen bezüglich der Personaldeckungs- und Einsatzplanung: Kann der Betriebsrat hier also - wie oben dargestellt - einerseits z.B. verlangen, daß mit ihm beraten wird, auf welche Weise, in welchen Zeitschriften, mit welchen Annoncen und in welchem Umfang eine Personalunterdeckung ausgeglichen werden soll, ja

1) Vgl. Kehrman/Schneider, Der Personalrat, 1973, 23 (25).

2) Dietz/Richardi, § 92 Rdnr. 29.

3) Dietz/Richardi, § 92 Rdnr. 29.

4) Brox, a.a.O., Rdnr. 85 (Kap. 6 II 1 a, b).

welche Nationalitäten bei der Anwerbung von ausländischen Arbeitnehmern berücksichtigt werden sollen, so kann der Arbeitgeber andererseits nach Abwägung zwischen den Argumenten unabhängig und eigenverantwortlich die nach seiner Meinung erforderlichen und geeigneten Maßnahmen vornehmen und diese in die Tat umsetzen.

Das Nichtbefolgen der Vorschläge des Betriebsrats hat im Bereich der allgemeinen personellen Maßnahmen keinerlei Auswirkungen auf die festgeschriebene Planung und auf die daraus folgenden (allgemeinen) personellen Maßnahmen; diese sind - auch wenn sie den Vorstellungen und geäußerten Wünschen des Betriebsrates zuwiderlaufen - uneingeschränkt wirksam ¹⁾.

Das gleiche gilt auch, wenn der Arbeitgeber seine Informations- und Beratungspflichten gar nicht, wahrheitswidrig, unvollständig oder verspätet erfüllt. Auch diese Verletzung der dem Arbeitgeber in § 92 BetrVG auferlegten Pflichten hat also keinerlei Auswirkungen auf die Wirksamkeit der festgeschriebenen Planungen und der allgemeinen personellen Maßnahmen.

Das Übergehen der Vorschläge des Betriebsrates und der Ergebnisse der Beratung wie

1) Vgl. Galperin/Löwisch, § 92 Rdnr. 15.

auch die Verletzung der Informations- und Beratungspflichten haben darüber hinaus auch keine rechtlichen Auswirkungen auf die sich ergebenden personellen Einzelmaßnahmen unter der Bedingung, daß die für die personellen Einzelmaßnahmen vorgesehene Mitwirkungsrechte nach §§ 99 ff BetrVG beachtet worden sind.

Beides kann jedoch auch im Bereich der personellen Einzelmaßnahmen nach §§ 99 ff BetrVG ¹⁾ Auswirkungen haben; es können sich hieraus möglicherweise Indizien für Tatbestände der Zustimmungsverweigerung herleiten lassen, beispielsweise aus § 99 II Nr. 3 und 4 BetrVG. Setzt sich der Arbeitgeber ohne triftigen Grund über die Einwände und Vorschläge des Betriebsrats hinweg, so kann das dafür sprechen, daß die vom Arbeitgeber geltend gemachten betrieblichen Gründe für eine personelle Einzelmaßnahme nicht gegeben sind. Zum anderen kann die Verletzung der Pflichten aus § 92 BetrVG - wie das Nichtbeachten der Vorschläge des Betriebsrats - im Rahmen des Interessenausgleichs und eines Sozialplanes nach § 112 BetrVG eine Rolle spielen: eine eingetretene Härte, die bei Unterrichtung und Beratung bzw. bei Berücksichtigung des Beratungsergebnisses mit dem Betriebsrat eventuell hätte vermieden werden können, kann im Rahmen des finanziellen Ausgleichs ihren Niederschlag finden.

1) Galperin/Löwisch, § 92 Rdnr. 18.

Die Verletzung der betriebsverfassungsrechtlichen Pflichten des Arbeitgebers auf Information und Auskunft stellt - im Gegensatz zu der Nichtberücksichtigung und Nichtbeachtung der Vorschläge des Betriebsrat, die grundsätzlich ohne Sanktionen bleibt - darüber hinaus eine Ordnungswidrigkeit dar, die mit Geldbußen bedroht ist. Unterrichtet der Arbeitgeber den Betriebsrat nach § 92 I S. 1 nicht, wahrheitswidrig, unvollständig oder verspätet, so kann er nach § 121 BetrVG mit einer Geldbuße in Höhe von bis zu 20 000,- DM belegt werden. Die Verletzung der Beratungspflicht wird demgegenüber nicht durch § 121 BetrVG sanktioniert.

Bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 23 II BetrVG, also groben Verstößen des Arbeitgebers gegen ihn aufgrund des Betriebsverfassungsgesetzes obliegenden Pflichten - hier Information und Beratungspflichten aus § 92 BetrVG -, kann gegen den Arbeitgeber ferner das besondere Verfahren nach § 23 III BetrVG durchgeführt werden ¹⁾.

1) Vgl. Galperin/Löwisch, § 92 Rdnr. 18.

II. Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei der Ausschreibung von Arbeitsplätzen (§ 93 BetrVG)

Auf einem Teilgebiet der Personalplanung hat der Gesetzgeber dem Betriebsrat ein echtes Mitbestimmungsrecht eingeräumt, nämlich bei der Ausschreibung von Arbeitsplätzen (§ 93 BetrVG). Er kann verlangen, daß freiwerdende oder neu geschaffene Arbeitsplätze allgemein oder für bestimmte Arten von Tätigkeiten innerhalb des Betriebes unter Angabe der erforderlichen Qualifikation ausgeschrieben werden.

Die Beschaffung von Arbeitskräften auf dem internen Arbeitsmarkt stellt einen Sonderfall im hier zu untersuchenden Einstellungsverfahren dar. Hier handelt es sich genau genommen nicht um eine Einstellung, sondern um die Zuweisung eines anderen Arbeitsplatzes innerhalb des Betriebes, wobei dem Betriebsrat die Mitbestimmungsrechte nach § 99 BetrVG offenstehen.

In § 93 BetrVG wird der Gedanke eines innerbetrieblichen Arbeitsmarktes berücksichtigt ¹⁾. Die im Betrieb vorhandenen Möglichkeiten der Personal"gewinnung" sollen aktiviert werden. Außerdem sollen Verstärkungen und Beunruhigungen der Belegschaft über die Hineinnahme Außenstehender trotz

1) Grundlegend: Knebel in Personal - Mensch und Arbeit im Betrieb, 1974, S. 68 ff; Bormann in MitbeG 1973, 36 f.

möglicherweise im Betrieb vorhandener ebenso qualifizierter Arbeitnehmer vermieden werden¹⁾; schließlich soll auch das Risiko, das in jeder Einstellung von außen liegt, möglichst kleingehalten werden²⁾.

Aus der Gesetzeswendung: "allgemein oder für bestimmte Arten von Tätigkeiten" folgt, daß der Betriebsrat die Ausschreibung nur generell, nicht aber für den Einzelfall die Ausschreibung eines bestimmten Arbeitsplatzes verlangen kann³⁾; das schließt allerdings nicht aus, daß eine Ausschreibung auch dann verlangt werden kann, wenn für die Art der Tätigkeit im Betrieb nur ein Arbeitsplatz vorhanden ist⁴⁾.

Die innerbetriebliche Ausschreibung kann nur vor der Besetzung verlangt werden; sie kann nämlich nur Stellenbesetzungen erfassen, für die nicht bereits ein Verfahren nach § 99 BetrVG eingeleitet ist. Das Zustimmungsverweigerungsrecht nach § 99 II Nr. 5 BetrVG besteht also nicht, wenn der Betriebsrat erst in diesem Zeitpunkt verlangt, daß der Arbeitsplatz, der besetzt werden soll, im Betrieb ausgeschrieben wird⁵⁾. Der Betriebsrat kann - in Betrieben mit mehr als zwanzig

-
- 1) BT-Drucksache VI/1786 S. 50, Begründung zum Gesetzesentwurf zu § 93; End, S. 146.
 - 2) D.S. Beach, Personnel, The Management of People at Work, New York, 1965, S. 197.
 - 3) Hemmer, S. 96 f; Stahlhacke, BlStSozArbR 1972, 71.
 - 4) Dietz/Richardi, § 93; Weiss, Anm. 1 zu § 93, S. 277; a.A. nur Gnade/Kehrmann/Schneider, § 93 Rdnr. 1.
 - 5) Dietz/Richardi, § 93 Anm. 9.

wahlberechtigten Arbeitnehmern ¹⁾ - die Zustimmung zur Einstellung nach § 99 II Nr. 5 BetrVG nur verweigern, wenn er zuvor die Ausschreibung verlangt hat, der Arbeitgeber diesem Begehren aber nicht nachgekommen ist ²⁾.

Nach der Ausschreibung des Arbeitsplatzes ist der Arbeitgeber aber gleichwohl nicht verpflichtet, den Arbeitsplatz mit einem der sich meldenden Arbeitnehmer aus dem Betrieb zu besetzen; er kann vielmehr auch andere Bewerbungen einholen und einen anderen Bewerber schließlich einstellen ³⁾; nur müssen die Auswahlrichtlinien beachtet sein, und es darf kein anderer Grund aus § 99 II BetrVG für die Verweigerung der Zustimmung des Betriebsrats vorliegen. Der Bewerber aus dem Betrieb hat nämlich keinen Anspruch auf Berücksichtigung und keine Vorrangstellung ⁴⁾, vielmehr nur eine Chance, die Stelle zu besetzen.

-
- 1) Nur bei diesen Betriebsgrößen hat der Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht bei Einstellungen und Versetzungen (vgl. § 99 I BetrVG).
 - 2) Erdmann/Jürging/Kammann, § 93 Anm. 12; Meisel, S. 75.
 - 3) Fitting/Auffarth/Kaiser, § 99 Rdnr. 35.
 - 4) Fitting/Auffarth/Kaiser, § 93 Anm. 4; Dietz/Richardi, § 93 Anm. 12; Hemmer, S. 98; Meisel, S. 80.

III. Beteiligungsrechte des Betriebsrates bei der Aufstellung von Personalfragebogen, Formulararbeitsverträgen, Beurteilungsgrundsätzen (§ 94 BetrVG)

1. Personalfragebogen

In vielen Betrieben ist es üblich, vor der Einstellung vom Arbeitnehmer die Beantwortung von Fragen über die persönlichen Verhältnisse, Kenntnisse und Fähigkeiten zu verlangen ¹⁾.

Das geschieht vielfach in der Weise, daß dem stellensuchenden Bewerber ein formularmäßig gestalteter Fragenkatalog ²⁾ zur Vorbereitung des persönlichen Vorstellungsgesprächs übersandt oder in dessen Verlauf ausgehändigt wird ³⁾.

a) Aufgabe der Personalfragebogen

Der Inhalt der Antworten gibt Auskunft über die Einigung des Bewerbers für die in Aussicht genommene Stelle ⁴⁾ und ist daher für die Entschliebung des Unternehmers maßgebend, mit der befragten Person einen Arbeitsvertrag abzuschließen ⁵⁾. Der Arbeitgeber erlangt mittels Personalfragebogen insbesondere Aufschluß über den Personenstand des Bewerbers ⁶⁾, dessen beruflichen

1) Fabricius/Kraft/Thiele/Wiese, § 94 Anm. 1.

2) Schmidt, DB, 1974, 1912.

3) Brill, AuR 1968, 1912.

4) Galperin/Löwisch, § 94 Rdnr. 1.

5) Fabricius/Kraft/Thiele/Wiese, § 94 Anm. 1.

6) Dieselben, § 94 Anm. 13.

Werdegang einschließlich Ausbildung und abgelegter Prüfungen ¹⁾, die Höhe des bisherigen Lohns bzw. Gehalts ²⁾, den Gesundheitszustand ³⁾, evtl. Schwerbehinderteneigenschaft ⁴⁾, die Vermögensverhältnisse ⁵⁾ und über einschlägige Vorstrafen ⁶⁾ bzw. schwebende Strafverfahren ⁷⁾.

b) Zweck des Mitbestimmungsrechts

Es besteht allerdings auch die Gefahr, daß Fragen gestellt werden, die tief in die durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützte Persönlichkeits- und Intimsphäre eindringen, obwohl sie mit den persönlichen Anforderungen und Qualifikationen des Bewerbers für die in Aussicht genommene Stelle bei objektiver Betrachtung nichts zu tun haben ⁸⁾.

So haben gerade vor der Verabschiedung des Betriebsverfassungsgesetzes 1972 einige

-
- 1) Galperin/Löwisch, § 94 Rdnr. 8.
 - 2) LAG Baden-Württ., DB 1960, 179; LAG Düsseldorf, DB 1966, 1137; Brill, AuR 1968, 143.
 - 3) BAG AP Nr. 6 zu § 276 BGB; BAG DB 1974, 759, 1531; LAG München in BB 1951, 923; LAG Düsseldorf in BB 1961, 1135; LAG Berlin in BB 1974, 510; Haberkorn, RdA 1962, 417 f; Falkenberg in BB 1970, 1015.
 - 4) BAG in DB 1976, 1240; Dietz/Richardi, § 94 Rdnr. 17; Galperin/Löwisch, § 94 Rdnr. 8; Fitting/Auffarth/Kaiser, § 94 Anm. 4; Brill, AuR 1968, 140.
 - 5) Für die Zulässigkeit der Frage nach den Vermögensverhältnissen, soweit es um eine Vertrauensstellung geht, Fitting/Auffarth/Kraft, § 94 Anm. 4; Fabricius/Kraft/Thiele/Wiese, § 94 Rdnr. 18.
 - 6) Fabricius/Kraft/Thiele/Wiese, § 94 Rdnr. 17; Brill, AuR 1968, 140 f.
 - 7) Fabricius/Kraft/Thiele/Wiese, § 94 Rdnr. 17.
 - 8) Dietz/Richardi, § 94 Anm. 1; Hunold in DB 1976, S. 99 f.

Fälle öffentliches Aufsehen erregt, in denen Arbeitnehmer nach der Mitgliedschaft in einer Gewerkschaft, nach der Religionszugehörigkeit des Ehegatten, nach Krankheiten der weiblichen Geschlechtsorgane oder sogar nach Beschwerden im Zusammenhang mit der Periode befragt worden sind ¹⁾.

Derartige Vorkommnisse waren zwar niemals die Regel ²⁾, dennoch hielt es der Gesetzgeber für angebracht, durch Einführung eines Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats bei der Erstellung von Personalfragebogen und allgemeinen Beurteilungsgrundsätzen den Privatbereich des Arbeitsplatzbewerbers zu schützen ³⁾.

c) Umfang des Mitbestimmungsrechts

Der Betriebsrat erlangt damit keine Dispositionsbefugnis über die individuellen Rechte der Arbeitnehmer ⁴⁾: die Grenze zwischen zulässigen und unzulässigen Fragestellungen ergibt sich weiterhin aus der Abwägung der gegensätzlichen Interessen, nämlich dem berechtigten Auskunftsbedürfnis des Arbeitgebers und dem schutzwürdigen, auf Wahrung seiner Intimsphäre gerichteten Geheimhaltungsinteresse des Arbeitnehmers; der Arbeitssuchende braucht seine

1) Dietz/Richardi, § 94 Anm. 1; Brill, AuR 68, 136 ff; Leipold in AuR 71, 161 ff (161, 162).

2) Vgl. die Ausführungen von Dux: Protokolle, 45.-46. Sitzung, öffentl. Info.Sitzung des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung vom 25.2.1971, S. 124.

3) Weiss, Betriebsverfassungsgesetz, § 94 Anm. 1; Marienhagen in BB 1971, 1009 ff (1011); vgl. auch Hemmer, S. 101.

4) Weiss, a.a.O., § 94 Anm. 20.

persönlichen Daten, die mit dem Arbeitsverhältnis nichts zu tun haben, mithin auch dann nicht preiszugeben, wenn die entsprechenden Fragen vom Betriebsrat genehmigt worden sind ¹⁾. Der Betriebsrat hat nur eine Kontrollfunktion zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte.

Dem entspricht es auch, daß es nicht im Belieben des Betriebsrats steht, ob er der Einführung von Personalfragebogen zustimmt oder nicht ²⁾. Über die Frage, ob bei der Einstellung von Arbeitnehmern Personalfragebogen Verwendung finden sollen, hat allein der Unternehmer zu entscheiden ³⁾. Deshalb hat der Betriebsrat auch kein Initiativrecht bei der Aufstellung von Personalfragebogen ⁴⁾; erst recht hat er keinen durchsetzbaren Anspruch darauf, daß die Fragebogen einen von ihm gewünschten Inhalt haben ⁵⁾. Der Betriebsrat kann nur die Einführung eines bestimmten Fragenkatalogs mit einem konkreten Inhalt verhindern, indem er seine Zustimmung versagt. Das entspricht nicht nur dem Zweck des Mitbestimmungsrechts nach § 94 BetrVG ⁶⁾,

1) Weiss, a.a.O., § 94 Anm. 20.

2) Dietz/Richardi, § 94 Anm. 12.

3) Dieselben, § 94 Anm. 6; Galperin/Löwisch, § 94 Anm. 13; Weiss, § 94 Anm. 2a; Hemmer, S. 101.

4) Meisel, a.a.O., S. 70; Kraft-GK BetrVG, § 94 Anm. 3; Erdmann/Jürging/Kammann, § 94 Anm. 2; a.A. Gnade/Kehrmann/Schneider, § 94 Anm. 3 ohne Begründung.

5) Dietz/Richardi, § 94 Anm. 6.

6) Galperin/Löwisch, § 94 Anm. 13.

sondern auch der Tatsache, daß in § 94 BetrVG - anders als in § 95 BetrVG für die Auswahlrichtlinien - eine Einschaltung der Einigungsstelle nur für den Fall vorgesehen ist, daß ein Konsens über den Inhalt der Fragebogen nicht zustandekommt ¹⁾.

Hat der Betriebsrat kein Initiativrecht, ist sein Recht also auf Zustimmung zu den vom Arbeitgeber vorgelegten Fragebogen oder auf Zustimmungsverweigerung beschränkt ²⁾, so kann er auch eine einmal erteilte Zustimmung nicht ohne weiteres widerrufen ³⁾. An eine einmal gegebene Einwilligung ist er grundsätzlich gebunden. Das heißt nun nicht, daß er auch Fragestellungen dulden muß, deren Unzulässigkeit er im nachhinein erkennt ⁴⁾. Da der Betriebsrat nicht über die Persönlichkeitsrechte der Arbeitnehmer verfügen kann, hat seine früher erklärte Zustimmung insoweit keine Bedeutung. Er kann deshalb die Vereinbarung über die Erstellung des Personalfragebogens kündigen, wenn sich herausstellt, daß die Grenzen des Fragerechts überschritten sind ⁵⁾. Das Kündigungsrecht

1) Galperin/Löwisch, § 94 Anm. 13.

2) Dietz/Richardi, § 94 Anm. 6 f.

3) So aber Galperin/Löwisch, § 94 Rdnr. 18; Fitting/Auffarth/Kaiser, § 94 Anm. 1; Kehrman, MitbeG 1973, 47 ff (48); GemK-BetrVG, § 94 Anm. 28.

4) Dietz/Richardi, § 94 Anm. 19; Kammann/Hess/Schlochauer, § 94 Anm. 36.

5) Dietz/Richardi, § 94 Anm. 19; Stege/Weins-pach 4, 313, S. 376.

gilt aber nur für die Teile des Fragenkatalogs, die die Intimsphäre der Arbeitnehmer verletzen ¹⁾, nicht dagegen für sämtliche Fragen. Die zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber getroffene Vereinbarung nach § 94 BetrVG ist - wenn überhaupt - nur partiell kündbar.

d) Erweiterung des Mitbestimmungsrechts

aa) Beteiligung des Betriebsrats am Vorstellungsgespräch

Um zu verhindern, daß der durch das Zustimmungserfordernis des Betriebsrats bewirkte Schutz der Arbeitnehmer vor unzulässigen Eingriffen in ihren Persönlichkeitsbereich umgangen wird, könnte erwogen werden, § 94 BetrVG extensiv zu interpretieren und die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats auch beim persönlichen Vorstellungsgespräch des Bewerbers wirksam werden zu lassen ²⁾.

Das könnte dadurch geschehen, daß Vertreter des Betriebsrats zu dem Vorstellungsgespräch hinzugezogen werden oder daß zumindest die Verwendung von Tests oder standardisierten Interviews von der Zustimmung des Betriebsrats abhängig gemacht wird ³⁾.

Für die extensive Interpretation des § 94 BetrVG spricht der in Abs. 2 der Gesetzes-

-
- 1) Dietz/Richardi, § 94 Anm. 19.
 - 2) Zu diesem Problem Weiss, § 94 Anm. 4, S. 281 f; Kammann/Hess/Schlochauer, § 94 Rdnr. 3; Erdmann/Jürging/Kammann, § 94 Rdnr. 7; Dietz/Richardi, § 94 Rdnr. 3; Kraft in GK, § 94 Anm. 7a; Hanau in BB 1972, 453; Meise, a.a.O., S. 70.
 - 3) Hanau in BB 1972, 453; Weiss, § 94 Anm. 4; unklar Dietz/Richardi, § 94 Rdnr. 3.

vorschrift zum Ausdruck gekommene Gedanken, den Schutz der verfassungsrechtlich gewährleisteten Persönlichkeitsphäre nicht davon abhängig sein zu lassen, daß der Arbeitgeber die personenbezogenen Daten durch spezielle Personalfragebogen erhebt: ¹⁾ auch wenn in schriftlichen Arbeitsverträgen Angaben zur Person gemacht werden sollen, bedürfen diese der Zustimmung des Betriebsrats. Der möglichen Aushöhlung des Mitbestimmungsrechts wird durch eine Erweiterung der mitbestimmungspflichtigen Tatbestände entgegengewirkt ²⁾.

Die erweiternde Auslegung des § 94 BetrVG muß aber an der Grenze seines Wortlauts enden ³⁾. Fragebogen und Arbeitsverträge sind schriftliche Formulare, denen zumindest das Einstellungsgespräch nicht gleichgesetzt werden kann ⁴⁾. Zudem ist daran zu erinnern, daß die Beteiligungsrechte des Betriebsrats nach §§ 92 ff BetrVG der Versachlichung und Objektivierung der personellen Maßnahmen dienen ⁵⁾. Der Betriebsrat soll an den personellen Grundsatzentscheidungen mitwirken, die die Grundlage für die später zu treffenden personellen Einzelmaßnahmen bilden und die deshalb für die

1) Vgl. Weiss, S. 281 Anm. 4, § 94.

2) Vgl. Weiss, S. 281 f.

3) Larenz, Methodenlehre, S. 342.

4) Meisel, a.a.O., S. 70; Hemmer, S. 103.

5) Vgl. schon oben, S. 1 ff.

konkreten Arbeitsverhältnisse der Arbeitnehmer eines Betriebes präjudizierende Bedeutung haben ¹⁾. Die §§ 92 ff BetrVG gewähren also keine Rechte bezüglich der Einstellung einzelner Bewerber, sondern nur hinsichtlich der Aufstellung objektiver Richtlinien für eine größere Zahl gleichartiger Maßnahmen ²⁾.

Beim Vorstellungsgespräch geht es aber gerade um die Beurteilung eines bestimmten Arbeitnehmers, um dessen Qualifikation und Eignung, letztlich also um die Anwendung der allgemeinen Beurteilungsgrundsätze auf den speziellen Einzelfall.

Welche Beteiligungsrechte dem Betriebsrat hier zustehen, ergibt sich aber ausschließlich aus § 99 BetrVG, nicht aus § 92 ff BetrVG. Deswegen gewährt § 94 BetrVG dem Betriebsrat kein Recht, zu Einstellungsgesprächen hinzugezogen zu werden ³⁾.

Ein Recht auf Teilnahme beim Vorstellungsgespräch kann sich aus dem gleichen Grunde auch nicht etwa aus einer analogen Anwendung des § 94 BetrVG ergeben.

Ob ein solcher Anspruch eventuell aus § 99 BetrVG folgt oder aus einer Gesamtschau der Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats bei allgemeinen und konkreten personellen Maßnahmen hergeleitet

1) Vgl. oben S. 1 ff.

2) Vgl. auch Marienhagen in BB 1971, 1009 ff (1011).

3) So auch Erdmann/Jürging/Kammann, § 94 Rdnr. 7; Meisel, a.a.O., S. 70; Kraft, GK BetrVG, § 94 Anm. 7a; Kammann/Hess/Schlochauer, § 94 Rdnr. 3.

werden kann, kann hier noch dahingestellt bleiben.

bb) Beteiligung des Betriebsrats bei der Aufstellung standardisierter Interviews und Eignungstests

Die Feststellung, daß der Betriebsrat bei Vorstellungsgesprächen kein Anwesenheitsrecht besitzt, impliziert aber noch nicht den Ausschluß seines Mitbestimmungsrechts bei der Aufstellung standardisierter Interviews und Eignungstests ¹⁾, die der Arbeitgeber während eines Einstellungsgesprächs durchführt.

Sie könnten in den Anwendungsbereich des § 94 BetrVG insbesondere in dem Fall einzubeziehen sein, daß sie gleichförmig und bei jeder Einstellungsmaßnahme verwendet werden ²⁾. Nur so ließe sich auch eine Umgehung des Mitbestimmungsrechts bei der Abfassung von Personalfragebogen vermeiden ³⁾.

Andererseits darf die Befugnis des Arbeitgebers zur ungebundenen Führung eines Einstellungsgesprächs auch nicht zu sehr eingeengt werden. Daher ist es beispielsweise nicht angängig, auch mündliche Interviews und Tests als 'verbale Fragebogen' ⁴⁾ dem schriftlichen Pendant oder den Arbeitsverträgen ohne weiteres gleichzustellen ⁵⁾. An die Stelle irgendwelcher Pauschalformeln

1) Vgl. auch Dietz/Richardi, § 94 Rdnr. 3; Hanau in BB 1972, 453; Weiss, S. 281 f.

2) So insbesondere Hanau in BB 1972, 453.

3) Vgl. Weiss, S. 281 f.

4) Hanau, ebenda.

5) Meisel, a.a.O., S. 70.

hat hier vielmehr eine Abwägung der Rechte des Arbeitgebers und der Arbeitnehmer zu treten, die von der in § 99 ff BetrVG vorgenommenen gesetzgeberischen Interessenabwägung geleitet wird. Dabei ist davon auszugehen, daß die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats um so eher eingreifen oder wirksam werden, je mehr die Verwendung z.B. der Tests dem Einsatz von Personalfragebogen ähnelt. Daher gilt folgendes:

Die Anwendung des Mitbestimmungsrechts nach § 94 BetrVG auf Tests und Interviews während des Einstellungsgesprächs setzt das Vorhandensein schriftlich fixierter Tests oder Interviews voraus. Der Arbeitgeber muß beim Einstellungsgespräch einen vorgegebenen Fragenkatalog, eine Checkliste oder sonst eine schriftliche Vorlage verwenden ¹⁾.

Eine nur mündliche Befragung des Bewerbers genügt auch dann nicht, wenn das Einstellungsgespräch systematisch geführt und immer in "gleichen Bahnen" verläuft.

Auch die schriftlich abgefaßten Interviews müssen standardisiert sein. Sie müssen inhaltlich identisch sein, soweit es um Bewerber für Stellen mit gleichen oder vergleichbaren Arbeitsplatzbeschreibungen geht. Kommen psychologische oder andere Testverfahren zur Anwendung, müssen sie unter gleichbleibenden Bedingungen nach vorgegebenen und festgelegten Methoden und Grundsätzen durchgeführt werden.

1) Vgl. Schmidt, AuR 1974, 1913.

Letzte und wohl auch wichtigste Voraussetzung für die Anerkennung eines Mitwirkungsrechts des Betriebsrats ist die, daß der Arbeitgeber im Einstellungsverfahren von der Möglichkeit der Verwendung von Tests und Interviews regelmäßig Gebrauch macht. Führt er die Interviews oder Tests ohne ersichtliches Konzept nach freiem Belieben durch, ist er zur Einholung der Zustimmung des Betriebsrats nicht verpflichtet. Daraus ergibt sich, daß die tatsächliche Wirksamkeit des § 94 BetrVG weitgehend in der Hand des Arbeitgebers liegt. Diese Feststellung gibt aber nur die gesetzgeberische Bewertung der Interessen von Arbeitgeber und Betriebsrat wieder. Der Arbeitgeber ist nämlich - wie bereits dargelegt - nicht gehindert, von der Einführung eines Personalfragebogens abzu- sehen und auf diese Weise den § 94 BetrVG faktisch leerlaufen zu lassen.

2. Formulararbeitsverträge

§ 94 Abs. 2 BetrVG erweitert das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats auch auf persönliche Angaben in schriftlichen Anstellungsverträgen; damit ist einer Empfehlung des Bundestags-Ausschusses für Arbeit und Soziales entsprochen worden, diesen Passus in das Gesetz einzufügen, um eine Umgehung des Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats bei der Aufstellung von Personalfragebogen durch Verwendung von For-

mularverträgen zu verhindern ¹⁾. Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats besteht daher nur in dem Fall, daß es sich um einen Personalfragebogen in Gestalt eines schriftlichen Arbeitsvertrages handelt ²⁾. Es bezieht sich nur auf die Angaben des Arbeitnehmers zur Person. Aus § 94 II BetrVG ist nicht das Recht des Betriebsrats herzuleiten, auch auf die übrigen Bestandteile des Arbeitsvertrages Einfluß zu nehmen ³⁾. Die Formulierung der Arbeitsbedingungen - auch soweit sie allgemein und nicht nur für ein konkretes Arbeitsverhältnis gelten, ist der Einwirkung des Betriebsrats nach § 94 II BetrVG entzogen ⁴⁾. Zudem gilt auch hier, daß die Einführung von Formularverträgen dem alleinigen Entscheidungsrecht des Arbeitgebers vorbehalten ist ⁵⁾.

3. Allgemeine Beurteilungsgrundsätze

Der Betriebsrat hat auch ein Mitbestimmungsrecht bei der Aufstellung allgemeiner Beurteilungsgrundsätze.

Darunter sind alle Regeln, Richtlinien und Systeme zur Feststellung der fachlichen und persönlichen Qualifikation der Bewerber zu verstehen ⁶⁾. Insbesondere geht es hier

-
- 1) Vgl. BT-Drucksache VI/2729, S. 30; Erdmann/Jürging/Kammann, § 94 Rdnr. 6.
 - 2) Dietz/Richardi, § 94 Rdnr. 21.
 - 3) Fitting/Auffarth/Kaiser, § 94 Rdnr. 6.
 - 4) Dietz/Richardi, § 94 Rdnr. 21.
 - 5) Galperin/Löwisch, § 94 Rdnr. 13.
 - 6) Meisel, a.a.O., S. 70; Kraft, GK § 94 Rdnr. 6.

um die vom Arbeitnehmer zu erwartende Effektivität der Arbeit, um die Sorgfalt und Gründlichkeit bei der Arbeitsausführung, um persönliche Eignungsmerkmale wie Selbstständigkeit, Initiative, Belastbarkeit, Einsatzfähigkeit, Denk- und Urteilsfähigkeit, um Anpassungsfähigkeit und Bereitschaft zur Zusammenarbeit mit den Arbeitskollegen sowie um eventuelle Führungsqualitäten ¹⁾.

Ebenso wie die Aufstellung der materiellen Beurteilungsmerkmale unterfällt auch die Festlegung der Methoden zur Auswertung der Bewerbungsunterlagen dem Mitbestimmungsrecht nach § 94 BetrVG ²⁾. Es geht aber zu weit, auch die Bestimmung der Gutachter, die die Bewerber auf ihre Eignung für einen konkreten Arbeitseinsatz testen, vom Einverständnis des Betriebsrats abhängig zu machen ³⁾.

Die Gefahr, daß Bewerber nach subjektiven Gutdünken der Unternehmensleitung und nicht nach sachgerechten und objektiven Kriterien eingestellt werden, wird bereits durch das Mitbestimmungsrecht der Arbeitnehmerseite bei der Aufstellung formeller und materieller Beurteilungsmerkmale ausgeschlossen.

Der Unterschied des Mitbestimmungsrechts bei der Aufstellung allgemeiner Beurteilungsgrundsätze zu den übrigen Mitbestimmungs-

-
- 1) Vgl. Kraft GK § 94 Rdnr. 22 und Kammann/Hess/Schlochauer, § 94 Rdnr. 20 ff.
 - 2) Vgl. Dietz/Richardi, § 94 Rdnr. 22 f; Galperin/Löwisch, § 94 Rdnr. 29.
 - 3) Dietz/Richardi, § 94 Rdnr. 23 f.

tatbeständen des § 94 BetrVG ergibt sich aus dessen Schutzzweck ¹⁾:

Während das Zustimmungserfordernis des Betriebsrats bei der inhaltlichen Ausgestaltung der Personalfragebogen und den persönlichen Angaben in schriftlichen Formularverträgen den Arbeitnehmer vor rechtswidrigen Eingriffen in seine Persönlichkeitssphäre schützen soll, geht es im vorliegenden Zusammenhang darum, sicherzustellen, daß über die Einstellung des Arbeitnehmers nur aufgrund seiner persönlichen und beruflichen Eignung und nicht nach sachfremden Gesichtspunkten entschieden wird ²⁾.

Hinsichtlich des Umfangs des Mitbestimmungsrechtes des Betriebsrats bei der Aufstellung von allgemeinen Beurteilungsgrundsätzen kann im wesentlichen auf die vorstehenden Ausführungen zu den Personalfragebogen und Formulararbeitsverträgen verwiesen werden. So erstreckt sich der Mitbestimmungsbestand nur auf die Aufstellung allgemeiner Beurteilungsgrundsätze. Sie müssen also für den gesamten Betrieb, eine Betriebsabteilung, zumindest aber für eine nach abstrakten Merkmalen abgrenzbare Gruppe von Arbeitnehmern Verwendung finden ³⁾. Die Anwendung der Beurteilungsgrundsätze im Einzelfall, die Beurteilung des einzelnen Arbeitnehmers entzieht sich dem Mitbestim-

1) Vgl. Dietz/Richardi, § 94 Rdnr. 22.

2) Derselbe, ebenda; Erdmann/Jürging/Kammann, § 94 Anm. 8.

3) Vgl. Meisel, a.a.O., S. 71.

mungsrecht des Betriebsrats im Rahmen des § 94 BetrVG ¹⁾.

Ebensowenig hat der Betriebsrat ein Initiativrecht, wenn es um die Einführung von Beurteilungsgrundsätzen als Auswahlkriterien bei der Einstellung von Arbeitnehmern geht.

Hier hat der Arbeitgeber ein alleiniges Entscheidungsrecht ²⁾. Auch kann der Betriebsrat seine einmal erteilte Zustimmung zu den aufgestellten Beurteilungsgrundsätzen nicht widerrufen ³⁾. Insoweit ist er vorbehaltlich der Rechtmäßigkeit der allgemeinen Grundsätze an seine frühere Willenserklärung gebunden.

1) Dietz/Richardi, § 94 Rdnr. 32.

2) Weiss, S. 282.

3) Dietz/Richardi, § 94 Rdnr. 23.

IV. Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates bei der Aufstellung von Auswahlrichtlinien

§ 95 BetrVG gewährt dem Betriebsrat in allen Unternehmungen ein Mitbestimmungsrecht bei der Aufstellung von Auswahlrichtlinien. In Betrieben bis zu 1000 Arbeitnehmern kann allein der Arbeitgeber entscheiden, ob er Auswahlrichtlinien aufstellen will, während in Betrieben mit mehr als 1000 Arbeitnehmern der Betriebsrat - gegebenenfalls mit Hilfe der Einigungsstelle - ihre Aufstellung erzwingen kann (§ 95 Abs. 2 BetrVG) ¹⁾.

1. Inhalt der Auswahlrichtlinien

Generell geht es in den Richtlinien darum, die Auswahlkriterien, nämlich die bei der personellen Einzelmaßnahme zu beachtenden fachlichen und persönlichen Voraussetzungen und die sozialen Gesichtspunkte festzulegen, wie es in § 95 Abs. 2 BetrVG bestimmt ist ²⁾.

Bei den Einstellungsrichtlinien steht die fachliche Qualifikation und die persönliche Eignung im Vordergrund. Eine allgemeine Antwort auf die Frage, welche Anforderungen die Richtlinien aufstellen, läßt sich aber nicht geben. Hier gibt es

-
- 1) Vgl. dazu Rehhahn, Der Betriebsrat 1972, 491; Peltzer, DB 1972, 1165.
 - 2) Kammann/Hess/Schlochauer, § 95 Rdnr. 5; das Muster einer Betriebsvereinbarung über Auswahlrichtlinien bei Rehhahn, Der Betriebsrat 1972, 498 ff.

Unterschiede von Betrieb zu Betrieb.
Für die fachliche Eignung maßgebend sind jedenfalls die Ausbildung, der berufliche Werdegang und die beruflichen Erfahrungen. Je nach der Arbeitsplatzbeschreibung können auch berufliche Spezialkenntnisse gefordert werden ¹⁾.

Von den Anforderungen des Arbeitsplatzes ²⁾ hängen auch die persönlichen Eignungsmerkmale wie Alter, Gesundheitszustand, psychische und physische Belastbarkeit ab. In den Auswahlrichtlinien kann auch festgehalten werden, ob oder inwieweit für die Beurteilung der persönlichen Eignung Tests, ärztliche Untersuchungen, Referenzen und Zeugnisse entscheidend sein sollen. Auswahlrichtlinien können auch auf soziale Gesichtspunkte wie Gesundheitszustand, Alter, Familienstand und Anzahl der zu versorgenden Angehörigen Rücksicht nehmen ³⁾. So kann eine Richtlinie beispielsweise vorsehen, daß für bestimmte Arbeitsplätze bevorzugt ältere oder behinderte Mitarbeiter eingesetzt werden sollen ⁴⁾.

2. Verfassungsmäßigkeit des § 95 BetrVG

Je perfektionistischer die Auswahlrichtlinien gestaltet werden, um so eher kann der Betriebsrat angesichts des Zustimmungs-

-
- 1) Kammann/Hess/Schlochauer, § 95 Rdnr. 10; Erdmann/Jürging/Kammann, § 95 Rdnr. 8.
 - 2) Zum Verhältnis von Einstellungsrichtlinien und Arbeitsplatzbeschreibungen vgl. Kraft, § 95 Rdnr. 21.
 - 3) Dietz/Richardi, § 95 Rdnr. 26.
 - 4) Kammann/Hess/Schlochauer, § 95 Rdnr. 12; Stege/Weinspach, § 95 Anm. 4, 31, 221.

verweigerungsrechts nach § 95 Abs. 2 Nr. 2 BetrVG auf die Einstellung von Arbeitnehmern Einfluß nehmen ¹⁾. Damit, so scheint es, wird dem Arbeitgeber die Entscheidung darüber, wer eingestellt werden soll, aus der Hand genommen, und der Betriebsrat zum maßgeblichen Entscheidungsorgan im Einstellungsverfahren.

Daraus hat Galperin gefolgert, daß die Unternehmensleitungen in allen größeren Betrieben nicht mehr in der Lage seien, den Mitarbeiterstab nach ihren Vorstellungen zusammenzusetzen. Damit sei ein Kernbereich unternehmerischer Entscheidungsfreiheit tangiert, die durch Art. 2 und 12 GG gewährleistet werde. Bei § 95 BetrVG handele es sich folglich um eine verfassungswidrige Regelung ²⁾.

Galperin beachtet hierbei aber nicht genügend, daß die §§ 99 Abs. 2 Nr. 2, 95 BetrVG nicht isoliert interpretiert werden dürfen, sondern daß diese Regelungen in den Gesamtzusammenhang der betriebsverfassungsrechtlichen Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechte gestellt werden müssen. Die Auslegung der §§ 99 Abs. 2 Nr. 2, 95 BetrVG hat also zu berücksichtigen, daß die Auswahlrichtlinien im Vorfeld personeller Einzelentscheidungen aufgestellt werden und damit vornehmlich dem Zweck der Objektivierung, Versachlichung

1) Dietz/Richardi, § 95 Anm. 95.

2) Galperin, Betriebsverfassungsrecht im Umbruch, Der Betrieb, 1971, 1305 ff (1307); so auch Obermayer, Verfassungsrechtliche Bedenken gegen den Regierungsentwurf eines Betriebsverfassungsgesetzes, DB 1971, 1715 (1723, 24); Erdmann/Jürging/Kammann, § 95 Rdnr. 2; a.A. Kraft, § 95 Rdnr. 9.

und besseren Durchschaubarkeit der personellen Einzelmaßnahmen dienen ¹⁾, daß sie diese aber nicht ersetzen sollen ²⁾. Erst wenn eine derart systematische Betrachtung des Regelungszusammenhangs, in den die §§ 95, 99 Abs. 2 Nr. 2 BetrVG gestellt sind, zu einer die unternehmerische Entscheidungsfreiheit ³⁾ unzulässig einengenden Auslegung dieser Vorschriften kommt, stellt sich die Frage nach deren Verfassungsmäßigkeit.

Daß sich der Blick des Interpreten vornehmlich auf die einfachgesetzliche Regelung richten muß, ergibt sich zudem aus der Überlegung, daß gerade die die unternehmerische Freiheit schützenden Grundrechtsbestimmungen des Art. 2, 12, 14 GG einem Regelungsvorbehalt unterstellt sind, der sie gesetzgeberischer Konkretisierung zugänglich macht ⁴⁾. Die Grundrechte binden den Gesetzgeber, bedürfen aber als offene Normen ihrerseits der gesetzgeberischen Ausgestaltung ⁵⁾. Wenn aber das Gesetz den Grundrechtsinhalt in gewissem Umfang erst bestimmt, kann die Freiheitsgewährleistung selbst wieder nur beschränkt etwas über die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes aussagen.

1) Hemmer, S. 108.

2) Stege/Weinspach, Anm. 4.31211; u.a. BT-Drucks. VIII/1786, S. 50, 52.

3) Zur verfassungsrechtlichen Herleitung umfassend Adomeit, DB 1971, 1715 ff (1722).

4) Vgl. Peter Häberle: Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG; s.a. Dietz/Richardi, § 95 Anm. 4.

5) Menger, VerwArch. Bd. 66 (1975), 404.

Betrachtet man nun den systematischen Zusammenhang, in dem § 95 BetrVG steht, so ergibt sich folgendes:

Die Auswahlrichtlinien stellen gewissermaßen den Übergang von der Personalplanung nach § 92 BetrVG zur personellen Einzelmaßnahme dar ¹⁾.

Als Zwischenstufe zwischen allgemeiner Personalbedarfs-, -deckungs- und -einsatzplanung einerseits und konkreter Einzelentscheidung andererseits ²⁾ dürfen die Einstellungsrichtlinien daher nicht so gestaltet sein, daß sie diejenigen Angelegenheiten, die nach § 92 oder § 99 BetrVG in den Entscheidungsbereich des Unternehmers fallen, der Kontrolle des Betriebsrates unterwerfen ³⁾.

Das heißt nun einerseits, daß die Einstellungsrichtlinien an den Vorgaben zu orientieren sind, die sich aus der wirtschaftlichen Planung eines Unternehmers ergeben. Wenn sich nämlich aus einem Vergleich der §§ 92 und 106 BetrVG ergibt, daß der Arbeitgeber zwar den Wirtschaftsausschuß, nicht aber den Betriebsrat über Produktions- und Investitionsvorhaben, neue Fabrikations- und Arbeitsmethoden unterrichten muß ⁴⁾, so kann das doch nur heißen, daß der Betriebsrat nicht die Aufstellung solcher Richtlinien durchsetzen kann, die die

-
- 1) Karl Kehrmann/Wolfgang Schneider, Die personelle Mitbestimmung nach dem Betriebsverfassungsgesetz, MitbeG 1973, 23 ff (23).
 - 2) Zur Funktion der Auswahlrichtlinien im System der Personalpolitik, Rehmann, Der Betriebsrat 1972, 492.
 - 3) Andernfalls würde die gesetzgeberische Unterscheidung der betriebsverfassungsrechtlichen Beteiligungsrechte interpretatorisch überspielt.
 - 4) Vgl. oben S. 16.

ökonomischen Zielvorgaben des Unternehmens ignorieren, indem sie z.B. für die fachliche Eignung von Bewerbern Anforderungen aufstellen, die zwangsläufig zur Auswahl von für die geplanten Produktionsvorhaben ungeeigneten Arbeitnehmern führen müßten. Das heißt andererseits aber auch, daß in dem insoweit abgesteckten Rahmen die Richtlinien immer nur das Grundsätzliche und Allgemeine regeln dürfen ¹⁾, daß also der aus der Tatsache numerierter Zustimmungsverweigerungsgründe erkennbare gesetzgeberische Wille zu respektieren ist, die endgültige Entscheidung über die Einstellung eines Arbeitnehmers dem Arbeitgeber zu überlassen ²⁾. Die Einstellungsrichtlinien dürfen somit zwar den Entscheidungsspielraum des Arbeitgebers einengen, sein Auswahlermessen begrenzen, sie dürfen die Einzelentscheidung aber nicht zur bloßen Farce werden lassen ³⁾. Zutreffend formuliert Rehhahn: "Es ist nicht möglich, Auswahlrichtlinien zu konstruieren, bei denen eine 'richtige Entscheidung' am Ende des Auswahlprozesses wie eine reife Frucht vom Baum fällt" ⁴⁾.

Allerdings braucht sich der Betriebsrat auch nicht mit einem so weitmaschigen Netz von Auswahlrichtlinien zufrieden zu geben, daß der Arbeitgeber mit ihnen jede ihm gerade angebracht und nützlich erscheinende Personalpolitik treiben kann ⁵⁾. Die Ein-

1) Vgl. Meisel, S. 105.

2) Pauly, BB 1981, 501 ff (503 f).

3) Hemmer, S. 71 f; Kammann/Hess/Schlochauer, § 95 Rdnr. 7; Hahn in Die Quelle 1978, 517.

4) Hans Rehhahn, Die Aufstellung von Auswahlrichtlinien nach dem Betriebsverfassungsgesetz, MitbeG 1973, 30 ff (30).

5) Rehhahn, MitbeG 1973, 30 ff (31).

stellungsrichtlinien müssen mehr sein als eine Blankovollmacht für alle künftigen Personalentscheidungen des Arbeitgebers ¹⁾. Zusammenfassend läßt sich also folgendes festhalten:

1. Die Auswahlrichtlinien dürfen die wirtschaftliche Entscheidungsfreiheit des Arbeitgebers nicht beeinträchtigen. Die in den Einstellungsrichtlinien aufgestellten Anforderungen an die fachlichen und persönlichen Qualifikationen des Bewerbers müssen sich an den wirtschaftlichen Daten des Unternehmers ausrichten.
2. Die einzelne personelle Maßnahme ist selbst keine Auswahlrichtlinie ²⁾. Die letzte Entscheidung darüber, wer eingestellt werden soll, trifft allein der Arbeitgeber. Die Einstellungsrichtlinien müssen dem Arbeitgeber ein Auswahlermessen belassen, das dann nicht ausreichend ist, wenn sich aus den Richtlinien eine einzige richtige Entscheidung ablesen läßt.
3. Beim eigentlichen Auswahlprozeß nach Eignung in fachlicher, persönlicher und sozialer Hinsicht dürfen die Auswahlrichtlinien eine Entscheidungshilfe darstellen, indem sie die Schritte des

1) Hemmer, S. 109 f; Rehhahn, MitbeG 1973, 30 ff (31).

2) Hemmer, S. 109.

Entscheidungsvorgangs übersehbar ordnen und nachprüfbar machen ¹⁾. Der Auswahlvorgang soll objektiviert, nicht aber determiniert werden.

Gegen Auswahlrichtlinien die diesen Anforderungen genügen, dürften verfassungsrechtliche Bedenken nicht bestehen.

1) Rehhahn, MitbeG 1973, 30 ff (30).

C. Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates
bei konkreten Einstellungsmaßnahmen
(§ 99 BetrVG)

Die im Vorfeld personeller Einzelmaßnahmen normierten Beteiligungsrechte des Betriebsrates sind funktionell nur im Hinblick auf die Gestaltung der konkreten Arbeitsverhältnisse zu verstehen ¹⁾. Die Mitwirkungsrechte im Stadium der Personalplanung (§ 92 BetrVG) und die Mitbestimmungsrechte bei der innerbetrieblichen Stellenausschreibung (§ 93 BetrVG), bei der Aufstellung von Personalfragebogen, Beurteilungsgrundsätzen (§ 94 BetrVG) und Auswahlrichtlinien (§ 95 BetrVG) erfüllen keinen von den konkreten Maßnahmen gelösten Selbstzweck, sondern dienen der Versachlichung und Objektivierung der durch die mitwirkungspflichtigen Tatbestände präjudizierten Personalentscheidungen.

Daher ist das Erfordernis der Zustimmung des Betriebsrats zu personellen Einzelmaßnahmen wie z.B. Einstellung, Eingruppierung und Versetzung der Kernbereich des betriebsverfassungsrechtlichen Mitbestimmungsrechts ²⁾. Das kommt auch darin zum Ausdruck, daß durch das Betriebsverfassungsgesetz von 1972 die Beteiligung des Betriebsrates nicht nur auf das Vorfeld personeller Maßnahmen ausgedehnt, sondern

1) Dazu bereits oben S. 2,3.

2) Ursula Schlochauer, a.a.O., S. 1; Wester/Schlüpers/Oehmen, a.a.O., S. 57/58.

auch und gerade bei der Einstellung einzelner Arbeitnehmer erheblich verstärkt und erweitert wurde ¹⁾.

Hatte der Betriebsrat bei der Einstellung bislang nur ein Einspruchsrecht ²⁾, so ist ihm nun ein Mitbestimmungsrecht in der Form des positiven Konsensprinzips zugesprochen worden ³⁾. Der Unternehmer hat danach vor jeder Einstellung die Zustimmung des Betriebsrates einzuholen. Dieser kann die Zustimmung innerhalb der Frist von einer Woche verweigern (§ 99 Abs. 3 S. 1 BetrVG), allerdings nur aus den in § 99 Abs. 2 BetrVG abschließend aufgeführten Gründen ⁴⁾. Hat der Betriebsrat der Personalmaßnahme zugestimmt oder die Ein-Wochen-Frist versäumt, kann der Arbeitgeber wirksam einstellen. Ist hingegen die Zustimmung verweigert worden oder hat sich der Betriebsrat noch nicht geäußert, ohne daß die Frist nach § 99 Abs. 3 BetrVG abgelaufen wäre, muß die Einstellung (zumindest vorerst) unterbleiben. Der Arbeitgeber kann jedoch die Zustimmung des Betriebsrats durch das Arbeitsgericht ersetzen lassen (§ 99 Abs. 4 BetrVG). Das Arbeitsgericht ist dazu jedoch nur in der Lage, wenn der Betriebsrat seine

1) Richardi, DB 1973, 378 ff (378).

2) §§ 61, 63 BetrVG 1952.

3) Hunold, DB 1976, 1866; Dietz/Richardi, a.a.O., § 99 Rdnr. 1; Galperin/Löwisch, § 99 Rdnr. 117 ff.

4) Vgl. Adomeit, DB 1971, 2320 ff (2360); Roemheld, BB 1972, S. 1331.

Zustimmung nicht aus einem der im Katalog des § 99 Abs. 2 BetrVG genannten Widerspruchsründe verweigert hat ¹⁾. Umstritten ist, ob der Arbeitgeber dies im Streitfall zu beweisen hat, er also die Darlegungs- und Beweislast trägt ²⁾ - wie es in der Begründung zum Regierungsentwurf dargelegt wird - ³⁾, oder ob davon angesichts des Amtsermittlungsgrundsatzes (§§ 2 Abs. 1 Nr. 4, 80 Abs. 1 ArbGG) nicht die Rede sein kann ⁴⁾.

In Abweichung zu § 99 BetrVG kann der Arbeitgeber unter den Voraussetzungen des § 100 BetrVG eine Einstellungsmaßnahme vorläufig durchführen. Er muß dabei jedoch das in § 100 BetrVG vorgeschriebene Verfahren beachten.

-
- 1) Adomeit, DB 1971, 2360 ff (2360); Dietz/Richardi, a.a.O., § 99 Rdnr. 1.
 - 2) Dazu Adomeit, DB 1971, 2360 ff (2360).
 - 3) BT-Drucks. VI/1786 S. 51; so auch Kraft, GK-BetrVG, § 99 Rdnr. 3.
 - 4) So Meisel, a.a.O., S. 114 f.

I. Geltungsbereich

1. Mitbestimmung in Betrieben bestimmter Größe

Das Mitbestimmungsrecht bei personellen Einzelmaßnahmen steht dem Betriebsrat nur in Betrieben zu, in denen in der Regel mehr als zwanzig wahlberechtigte Arbeitnehmer beschäftigt werden.

Die Formulierung des Gesetzes ("in der Regel") zeigt, daß es bei der Feststellung der zahlenmäßigen Voraussetzung des Mitbestimmungsrechts nicht auf den zufälligen Personalbestand am Tag der Einstellung ankommt; entscheidend ist vielmehr die dem gewöhnlichen Geschäftsgang entsprechende Zahl von wahlberechtigten (vgl. § 7 BetrVG) Arbeitnehmern ¹⁾.

Dabei kommt es auf den einzelnen Betrieb im Sinne dieses Gesetzes an. Betriebs- teile werden dann nicht berücksichtigt, wenn sie nach § 4 Satz 1 BetrVG betriebs- verfassungsrechtlich selbständig sind. Nicht betriebsratsfähige Nebenbetriebe (§ 4 S. 2 i.V.m. § 1 BetrVG) sind dagegen dem Hauptbetrieb zuzuordnen.

Das personelle Mitbestimmungsrecht gem. § 99 BetrVG kommt also prinzipiell nur bei einem mehrgliedrigen Betriebsrat, nicht

1) Dietz/Richardi, a.a.O., § 99 Rdnr. 4; Erdmann/Jürging/Kammann, § 99 Rdnr. 3; Kammann/Hess/Schlochauer, § 99 Rdnr. 3; Kraft, § 99 Rdnr. 5; Raisch/Baums-Stammlinger, a.a.O., S. 63.

bei einem Betriebsobmann (§ 9 BetrVG) in Betracht ¹⁾. Dieser Grundsatz erfährt eine Ausnahme, wenn die Zahl der regelmäßig beschäftigten wahlberechtigten Arbeitnehmer während der Wahlperiode auf über zwanzig steigt. Dann stehen die Rechte aus § 99 BetrVG dem Betriebsobmann zu ²⁾. Umgekehrt entfallen die personellen Mitbestimmungsrechte auch des mehrgliedrigen Betriebsrates, wenn die Zahl der Arbeitnehmer unter das vorausgesetzte Limit fällt ³⁾.

Ist kein Betriebsrat im Amt, können die Mitbestimmungsrechte nicht ausgeübt werden ⁴⁾. Das gilt auch für den Fall, daß der Betriebsrat zwar bereits gewählt, aber noch nicht zum ersten Mal zusammengetreten ist ⁵⁾. Hier ist der Arbeitgeber bei der Durchführung der personellen Entscheidung frei ⁶⁾. Insbesondere bedarf eine wirksame Einstellung keiner nachträglichen Genehmigung des Betriebsrats.

2. Mitbestimmung während des Arbeitskampfes

Umstritten ist Umfang und Ausmaß des betriebsverfassungsrechtlichen Mitbestimmungsrechts während des Arbeitskampfes. Fest steht lediglich, daß das Betriebsratsamt durch den Arbeitskampf nicht erlischt,

1) Dietz/Richardi, a.a.O., § 99 Rdnr. 5.

2) Schlochauer, a.a.O., S. 4.

3) Dietz/Richardi, a.a.O., § 99 Rdnr. 5.

4) Dietz/Richardi, a.a.O., § 99 Rdnr. 7.

5) LAG Düsseldorf, BB 1968, 628.

6) Schlochauer, a.a.O., S. 5; Dietz/Richardi, a.a.O., § 99 Rdnr. 7; Fitting/Auffarth/Kaiser, § 99 Rdnr. 3; Galperin/Löwisch, a.a.O., § 99 Rdnr. 6; Kraft in GK-BetrVG, § 99 Rdnr. 6.

unabhängig davon, ob das einzelne Betriebsratsmitglied am Tarifkonflikt beteiligt ist oder nicht ¹⁾.

Folgt man Fitting/Auffarth/Kaiser und Weiss, werden die Rechte aus § 99 BetrVG durch Streik und Aussperrung nicht tangiert ²⁾.

Einstellungen sind danach auch während des Arbeitskampfes zustimmungspflichtig. Galperin/Löwisch und Meisel vertreten dagegen die Auffassung, daß der Betriebsrat mit Beginn der Kampfmaßnahmen funktionsunfähig werde und daher seine Mitbestimmungsrechte nicht ausüben könne ³⁾. Zwischen diesen beiden Ansichten steht eine neuerdings stark im Vordringen befindliche Lehre, die zwischen arbeitskampfrelevanten Einstellungen, die nicht der Zustimmung nach § 99 BetrVG bedürfen, und anderen, bei denen die betriebsverfassungsrechtlichen Beteiligungsrechte voll erhalten bleiben, unterscheidet ⁴⁾. In diesem Sinne hat auch das BAG eine Funktionsunfähigkeit des Betriebsrates mit Rücksicht auf die durch den Arbeitskampf geschaffene Konfrontation zwischen den Tarifparteien hinsichtlich derjenigen Maßnahmen ange-

1) Kammann/Hess/Schlochauer, a.a.O., § 99 Rdnr. 9; Kraft, GK-BetrVG, § 99 Rdnr. 11.

2) Fitting/Auffarth/Kaiser, § 99 Rdnr. 5a; Weiss, a.a.O., § 99 Anm. 1 e.

3) Galperin/Löwisch, § 99 Rdnr. 7; Meisel, S. 26 f.

4) Dietz/Richardi, § 99 Rdnr. 7; Kammann/Hess/Schlochauer, § 99 Rdnr. 9; Schlochauer, a.a.O., S. 12 ff; Thiele, GK-BetrVG, § 74 Rdnr. 41.

nommen, die Auswirkungen auf das Kampf-
geschehen haben ¹⁾.

Dieser vermittelnden Auffassung ist zu-
zustimmen. Eine generelle Ausschaltung
des Betriebsrates wird durch das Prinzip
der Kampfparität nicht gefordert. Anderer-
seits muß der Tatsache Rechnung getragen
werden, daß die volle Wahrnehmung der
Mitbestimmungsrechte durch den Betriebsrat
adäquate und arbeitskampfrechtlich zulässige
Reaktionen des Arbeitgebers auf gewerk-
schaftliche Kampfmaßnahmen erheblich er-
schweren, wenn nicht ganz unmöglich machen
kann ²⁾. Deshalb hat der Betriebsrat
keine Rechte aus § 99 BetrVG, wenn der
Arbeitgeber Einstellungen vornimmt, um
den Betrieb trotz eines Streiks weiterzu-
führen und Arbeitsplätze streikender Arbeiter
zu besetzen ³⁾. Das Zustimmungsverweigerungs-
recht nach § 99 Abs. 2 BetrVG hat der
Betriebsrat nur bei nicht arbeitskampf-
bedingten Einstellungen.

Mit Kraft ist dieses Ergebnis auch durch
eine teleologische Reduktion des § 99
BetrVG zu gewinnen ⁴⁾. Danach stehen auch
die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates
bei personellen Einzelmaßnahmen unter dem
Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit

1) BAG, BB 1978, 913.

2) Dietz/Richardi, § 99 Rdnr. 8.

3) Kraft, GK-BetrVG, § 99 Rdnr. 12.

4) Kraft, GK-BetrVG, § 99 Rdnr. 12;
ebenso Kammann/Hess/Schlochauer, § 99 Rdnr. 9.

zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat (§ 2 Abs. 1 BetrVG). Diese Leitbestimmung kann dort nicht sinnvoll¹⁾ angewendet werden, wo sich die Einstellung von Arbeitnehmern als Antwort des Arbeitgebers auf eine Kampfmaßnahme der Arbeitnehmer darstellt.

II. Einstellung

1. Begriff der Einstellung

Der Arbeitgeber hat vor jeder Einstellung die Zustimmung des Betriebsrats einzuholen. Das Zustimmungsverweigerungsrecht des Betriebsrats ist also an den Begriff der Einstellung geknüpft.

Unter "Einstellung" ist die Begründung eines Arbeitsverhältnisses durch schriftlichen oder mündlichen Abschluß eines Arbeitsvertrages zu verstehen, aber auch die damit zusammenhängende tatsächliche Arbeitsaufnahme an einem bestimmten Arbeitsplatz, also die mit der Begründung des Arbeitsverhältnisses einhergehende Eingliederung in den Betrieb ¹⁾.

Regelmäßig ist der Abschluß des Arbeitsvertrages mit der Eingliederung in den Betrieb identisch. Fallen aber beide Vorgänge zeitlich auseinander, so ist jeweils

1) BAG, DB 1978, 2319 f (2320); Dietz/Richardi, § 99 Rdnr. 9; Erdmann/Jürging/Kammann, § 99 Rdnr. 6; Fitting/Auffarth/Kaiser, § 99 Rdnr. 7; Kraft, GK-BetrVG, § 99 Rdnr. 13; Meisel, a.a.O., S. 85 f; Stege-Weinspach, S. 383; a.A. Galperin/Löwisch, § 99 Rdnr. 10 ff, die nur auf den tatsächlichen Einstellungsvorgang abstellen, einen abgeschlossenen Arbeitsvertrag aber auch ohne Beteiligung des Betriebsrats für wirksam ansehen.

die zeitlich erste Maßnahme als Einstellung anzusehen und damit mitbestimmungspflichtig, also entweder der Abschluß des Arbeitsvertrages oder die tatsächliche Eingliederung vor Abschluß des Vertrages.

Ist ein Arbeitsvertrag abgeschlossen, so ist für das Mitbestimmungsrecht nach § 99 BetrVG unerheblich, ob er wirksam zustande gekommen ist ¹⁾. Eine Einstellung liegt auch in der Begründung eines faktischen Arbeitsverhältnisses, das lediglich eine nicht rechtsgeschäftliche Willenseinigung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer erfordert ²⁾. Mitbestimmungspflichtig ist auch eine Einstellung, die gegen ein gesetzliches Verbot i.S.d. § 134 BGB verstößt ³⁾. Das ergibt sich schon aus § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG, wonach es dem Betriebsrat gerade obliegt, solche Rechtsverstöße festzustellen ⁴⁾. Zu denken ist hier beispielsweise an die Beschäftigung von Jugendlichen mit gefährlichen oder Akkordarbeiten (§§ 37, 38 JArbSchG oder § 19 AFG) ⁵⁾.

-
- 1) Dietz/Richardi, § 99 Rdnr. 13; Erdmann/Jürging/Kammann, § 99 Rdnr. 10; Kraft, GK-BetrVG, § 99 Rdnr. 15; Schaub, Arbeitsrecht, § 241 II 1; Kammann/Hess/Schlochauer, § 99 Rdnr. 15.
 - 2) Kraft, GK-BetrVG, § 99 Rdnr. 15.
 - 3) Erdmann/Jürging/Kammann, § 99 Rdnr. 10.
 - 4) Meisel, a.a.O., S. 86.
 - 5) Erdmann/Jürging/Kammann, § 99 Rdnr. 10; Kammann/Hess/Schlochauer, § 99 Rdnr. 15.

2. Einzelprobleme

- a) Verlängerung eines befristeten Arbeitsverhältnisses, Umwandlung eines befristeten Arbeitsverhältnisses in ein (unbefristetes) Dauerarbeitsverhältnis, Übernahme eines Auszubildenden in ein Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit
- aa) Verlängerung eines befristeten Arbeitsverhältnisses

Die Verlängerung eines befristeten Arbeitsverhältnisses, so z.B. die Weiterbeschäftigung nach altersbedingter Beendigung des Arbeitsverhältnisses, stellt einen Sonderfall der Einstellung dar ¹⁾; der Betriebsrat ist nach § 99 BetrVG zu beteiligen.

Zwar verträgt es sich kaum mit dem Wortlaut des Gesetzes, in der Verlängerung eines befristeten Arbeitsverhältnisses eine "Einstellung" zu sehen ²⁾; doch ist ein solcher Fall eine "Einstellung" im Sinne der Bestimmung, jedenfalls nach Sinn und Zweck dieser Vorschrift einer Einstellung gleichzusetzen.

Durch eine Weiterbeschäftigung werden nämlich Interessen der Belegschaft berührt, deren Wahrung dem Betriebsrat im Rahmen des § 99 BetrVG obliegt. Dem Betriebsrat ist in

1) Alberty, a.a.O., S. 71 m.w.N.

2) Vgl. Müller, Normstruktur und Normativität, S. 147 ff.

§ 99 BetrVG ein Einfluß auf die Zusammensetzung der Belegschaft eingeräumt; auch hat er nach dieser Vorschrift die Aufgabe, Benachteiligungen und ungerechte Behandlung einzelner Arbeitnehmer zu verhindern ¹⁾. Hier kommen Benachteiligungen von Belegschaftsmitgliedern in Betracht, die etwa einen gesicherten Anspruch auf die Position des Ausscheidenden haben und nun evtl. entlassen werden müssen, aber auch Benachteiligungen für den Arbeitnehmer, der nach Erreichen der Altersgrenze weiterarbeiten möchte ²⁾. Diesen seinen Möglichkeiten und Aufgaben wird der Betriebsrat beraubt, wenn der Arbeitgeber durch individuelle Vereinbarungen befristete Arbeitsverhältnisse ohne Mitwirkung des Betriebsrats verlängern kann.

Zu beachten ist insbesondere, daß der Betriebsrat seine Zustimmung nur zur Begründung eines Arbeitsverhältnisses gegeben hatte, das mit Vollendung der Altersgrenze enden sollte. Seine damalige Zustimmung war qualitativ auf eine bestimmte Zeit begrenzt ³⁾. Durch die Weiterbeschäftigung wird ein neuer Tatbestand geschaffen, auf den sich die Zustimmung nicht bezog und zu dem der Betriebsrat noch nicht Stellung nehmen konnte. Hätte der Betriebsrat von vornherein mit der Weiterbeschäftigung rechnen müssen, hätte er evtl. schon der Einstellung selbst widersprochen ⁴⁾.

1) Schlüter/Belling, SAE 1979, 276 f (279).

2) Schlüter/Belling, SAE 1979, 276 f (279).

3) Dieselben ebendort.

4) Dieselben ebendort.

Daher stellt eine solche Weiterbeschäftigung eine Einstellung i.S.d. § 99 BetrVG dar.

- bb) Umwandlung eines befristeten Arbeitsverhältnisses in ein (unbefristetes) Dauerarbeitsverhältnis

Gleichgelagert ist der Fall, daß ein befristetes Arbeitsverhältnis (z.B. eines über die Dauer von einem Jahr) in ein (unbefristetes) Dauerarbeitsverhältnis umgewandelt wird.

Auch hier ist die Zustimmung des Betriebsrats zu dem Arbeitsverhältnis auf den - befristeten - Zeitraum beschränkt. Sie ist daher inhaltlich anders als die zu einem unbefristeten Arbeitsverhältnis. Die Auswirkungen für die Belegschaft sind nämlich anders, wenn ein Arbeitnehmer nur für kurze Zeit oder auf unbestimmte Zeit eingestellt wird.

- cc) Übernahme eines Auszubildenden in ein Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit

Auch die Übernahme eines Auszubildenden nach Beendigung der Ausbildung in ein Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit muß als Einstellung i.S.d. § 99 BetrVG angesehen werden ¹⁾. Zwar sind hier die den Schutz des Auszubildenden intendierenden Regelungen des § 17 BBiG und des § 78 a BetrVG zu be-

1) Wie hier: Kraft, GK-BetrVG, § 99 Rdnr. 18; Weiss, § 99 Anm. 2b; ablehnend: Erdmann/Jürging/Kammann, § 99 Rdnr. 8; Kammann/Hess/Schlochauer, § 99 Rdnr. 13.

achten, die die Entscheidungsfreiheit des Arbeitgebers einschränken und eine Ausübung des Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats zum Nachteil des Ausgebildeten erschweren; entscheidend aber ist auch hier, daß die Zustimmung des Betriebsrates auf die Ausbildungszeit beschränkt war und der Schutz der Belegschaft ein Mitbestimmungsrecht erfordert.

b) Leiharbeitnehmer

Kontrovers wird in der Rechtsprechung und Literatur die Frage diskutiert, ob die Beschäftigung von Leiharbeitnehmern unter § 99 BetrVG fällt ¹⁾.

Die Besonderheit ist hier, daß ein Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer nicht zustandekommt. Nach dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz besteht ein Arbeitsverhältnis nur zwischen Verleiher und Arbeitnehmer (§ 1 Abs. 1 AÜG), ein solches zum Entleiher ist nicht gewollt und daher auch faktisch nicht begründet ²⁾.

Von der ganz überwiegenden Meinung wird die Beschäftigung von Leiharbeitnehmern dennoch als mitbestimmungsbedürftiger Tatbestand i.S. der "Einstellung" gem. § 99 BetrVG angesehen;

1) Dafür: BAG, DB 1974, 1580 f; AG Kassel, DB 1974, 536; Windbichler, DB 1975, 739 ff; Kraft, GK-BetrVG, § 99 Rdnr. 19; Maurer, BB 1974, 512; Fitting/Auffarth/Kaiser, § 99 Rdnr. 7a; dagegen: Meisel, a.a.O., S. 87 f; Kammann/Hess/Schlochauer, § 99 Rdnr. 18.

2) Halbach, DB 1980, 2389 f (2389).

§ 99 BetrVG räume dem Betriebsrat Einfluß auf die Zusammensetzung der Belegschaft ein ¹⁾. Da könne es keinen Unterschied machen, ob es sich um dauerhaft eingestellte Arbeitnehmer oder um kurze Zeit im Betrieb eingesetzte Leiharbeitnehmer handele ²⁾.

Entscheidend aber ist, "daß das Belegschaftsinteresse, das der Betriebsrat wahrzunehmen hat, durch die Beschäftigung von Leiharbeitnehmern in einer die Mitbestimmung des Betriebsrates bei deren Einstellung erfordernden Intensität berührt wird" ³⁾.

Der Einsatz von Leiharbeitnehmern kann sich nämlich auf die Beschäftigungslage der vorhandenen Belegschaft unter Umständen sehr negativ auswirken. Daher muß dem Betriebsrat die Möglichkeit gegeben werden, die Zustimmung evtl. gem. § 99 Abs. 2 Nr. 3 BetrVG zu verweigern.

Daß die in § 99 Abs. 1 BetrVG enthaltenen Informationspflichten des Entleiherarbeitgebers sich hier auf die ihm tatsächlich möglichen Mitteilungen beschränken, muß hier in Kauf genommen werden ⁴⁾.

c) Weiterarbeit nach einer Kündigung

Keine Einstellung i.S.d. § 99 BetrVG liegt dagegen vor, wenn Arbeitnehmer und Arbeitgeber

1) Kraft, GK-BetrVG, § 99 Rdnr. 19.

2) AG Kassel, DB 1974, 536.

3) Hueck, SAE 1975, S. 149.

4) Hueck, SAE 1975, S. 150.

während der Kündigungsfrist die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses vereinbaren ¹⁾. Hier werden keine Interessen des Betriebsrats berührt, die eine Mitbestimmung gem. § 99 BetrVG rechtfertigen.

Das Arbeitsverhältnis war ursprünglich auf unbestimmte Zeit eingegangen; für unbestimmte Zeit hatte der Betriebsrat der Einstellung zugestimmt. Wird nun das Arbeitsverhältnis trotz der Kündigung fortgesetzt, so tritt der ursprüngliche Zustand wieder ein: Weder der Einfluß des Betriebsrats auf die Zusammensetzung der Belegschaft wird geschmälert noch sind schutzwürdige Interessen der Belegschaft berührt, die der Betriebsrat zu vertreten hätte.

d) Wiederaufnahme der Arbeit

aa) Wiederaufnahme der Arbeit nach Ableistung des Wehrdienstes

Nach einhelliger Auffassung liegt weiterhin keine Einstellung vor, wenn ein Arbeitnehmer, dessen Arbeitsverhältnis geruht hat, die Arbeit wieder aufnimmt, weil die Ableistung des Wehrdienstes nicht zu einer Neu-einstellung erforderlich machenden Unterbrechung des Arbeitsverhältnisses führt ²⁾. Indirekt ergibt sich das aus § 9 Arbeitsplatzschutzgesetz, wonach die tatsächliche

-
- 1) Dietz/Richardi, § 99 Rdnr. 10; Erdmann/Jüring/Kammann, § 99 Rdnr. 8; Fitting/Auffarth/Kaiser, § 99 Rdnr. 7b; Kammann/Hess/Schlochauer, § 99 Rdnr. 13.
2) Kraft, GK-BetrVG, § 99 Rdnr. 22; Galperin/Löwisch, § 99 Rdnr. 14.

und interessenbedingte Bindung des Wehrpflichtigen an seinen Betrieb erhalten bleiben soll; im übrigen gilt das oben Gesagte: der Betriebsrat hat - nicht zuletzt im Hinblick auf das Arbeitsplatzschutzgesetz - die Zustimmung für einen unbedingten Arbeitsvertrag gegeben; die Interessen der gesamten Belegschaft werden durch das zwischenzeitliche Ruhen der Arbeit nicht beeinträchtigt.

bb) Wiederaufnahme der Arbeit nach einem Arbeitskampf

Keine Unterbrechung mit der Konsequenz einer erforderlichen Neueinstellung, sondern lediglich ein Ruhen des Arbeitsverhältnisses stellt auch die Beteiligung eines Arbeitnehmers an einem Arbeitskampf dar ¹⁾.

Das gilt sogar für den seltenen Fall einer mit lösender Wirkung ausgesprochenen Aussperrung ²⁾. Zwar bringt die lösende Aussperrung das Arbeitsverhältnis zum Erliegen; aber auch die Aussperrung ist nur ein Kampfmittel, also Mittel zum Zweck. In einem solchen Fall hat der Arbeitnehmer nach Beendigung des Arbeitskampfes einen Wiedereinstellungsanspruch nach billigem Ermessen ³⁾. Sind noch alle Arbeitsplätze vorhanden,

-
- 1) Erdmann/Jürging/Kammann, § 99 Rdnr. 8; Kammann/Hess/Schlochauer, § 99 Rdnr. 14.
 - 2) Dietz/Richardi, § 99 Rdnr. 11; Erdmann/Jürging/Kammann, § 99 Rdnr. 8; Galperin/Löwisch, § 99 Rdnr. 14; BAG, BB 1971, 701.
A.A. ohne Begründung: Weiss, § 99 Anm. 2b.
 - 3) Richardi, RdA 1971, 344.

müssen die Arbeitnehmer wieder eingestellt werden; sind die Arbeitsplätze anderweitig besetzt oder durch betriebliche Maßnahme weggefallen, so muß der Arbeitgeber eine sachgerechte Auswahl bei der "Wiedervergabe" der Arbeitsplätze treffen ¹⁾.

Da auch lösende Arbeitskampfmaßnahmen auf Wiederaufnahme der Arbeit nach ihrer Beendigung gerichtet sind ²⁾, ist der Wiedereinstellungsanspruch der lösend ausgesperrten Arbeitnehmer auf Wiederherstellung des durch den Arbeitskampf aufgelösten Beschäftigungsverhältnisses gerichtet ³⁾.

Für Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats nach § 99 BetrVG ist kein Platz.

- e) Betriebsübernahme und gerichtliche Feststellung des Bestehens eines Arbeitsverhältnisses

Eine Einstellung im Sinne des § 99 BetrVG liegt auch bei einer Betriebsübernahme nach § 613 a BGB nicht vor ⁴⁾. Wenn die Arbeitsverhältnisse unabhängig vom Willen des neuen Betriebsinhabers auf diesen übergehen, ist für eine Beteiligung des Betriebs-

1) Richardi, RdA 1971, 344.

2) BAG BB 1971, 701.

3) Dietz/Richardi, § 99 Rdnr. 11.

4) Kammann/Hess/Schlochauer, § 99 Rdnr. 13; Kraft, GK-BetrVG, § 99 Rdnr. 20; Fitting/Auffarth/Kaiser, § 99 Rdnr. 7b; Weiss, § 99 Anm. 2b.

rates kein Raum ¹⁾. Für die Übertragung des Arbeitsverhältnisses kraft Gesetzes ist es unerheblich, ob der Unternehmer mit den Beschäftigten nachträglich neue Arbeitsverträge schließt ²⁾.

Der mangelnde Entscheidungsspielraum des Arbeitsgebers ist auch der Grund, warum in der gerichtlichen Feststellung des Bestehens eines Arbeitsverhältnisses keine Einstellung gesehen werden kann.

III. Durchführung der Mitbestimmung

1. Unterrichtungs- und Auskunftspflichten des Arbeitgebers

a) Unterrichtung des Betriebsrates

Nach § 99 Abs. 1 S. 1 BetrVG hat der Arbeitgeber den Betriebsrat vor jeder Einstellung umfassend zu unterrichten. Er hat ihm die erforderlichen Bewerbungsunterlagen vorzulegen und Auskunft über die Person der Beteiligten zu geben. Weiter hat er dem Betriebsrat unter Vorlage der erforderlichen Unterlagen Auskunft über die Auswirkungen

1) BAG BB 1976, 134 f (134).

2) BAG BB 1976, 134 f (134). Mit Recht stellt das BAG weiterhin fest, daß in der Betriebsübernahme auch nicht deshalb eine Einstellung gesehen werden kann, weil sie auf einem Rechtsgeschäft beruht. Insoweit handelt es sich um einen der personellen Mitbestimmung entzogenen reinen wirtschaftlichen Vorgang.

der geplanten Einstellung zu erteilen, insbesondere den in Aussicht genommenen Arbeitsplatz und die vorgesehene Eingruppierung zu bezeichnen.

Die Formulierung der Pflichten des Arbeitgebers vor Durchführung der Personalmaßnahmen zeigt, daß die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates erst einsetzen, wenn der Unternehmer entschieden hat, wer eingestellt werden soll ¹⁾. Die Entscheidung darüber, ob überhaupt Einstellungen vorgenommen werden sollen, trifft allein der Arbeitgeber ²⁾. Das folgt auch daraus, daß der Betriebsrat die Zustimmung zu der geplanten Maßnahme ausschließlich aus den in § 99 Abs. 2 BetrVG genannten Gründen verweigern kann, also bereits konkretisiert sein muß, wer eingestellt werden soll ³⁾.

Demgegenüber vertritt Frey die Auffassung, daß § 99 BetrVG ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates im Vorfeld konkreter Einstellungsmaßnahmen begründet ⁴⁾. Nach dieser Ansicht unterscheidet der Gesetzgeber in § 99 BetrVG zwischen dem abstrakten Personalplanungs- und dem konkreten Einstellungsvorgang ⁵⁾. Das Erfordernis der Zustimmung des Betriebsrates sei in § 99 Abs. 1 S. 1, 2. HS BetrVG aufgestellt, der selbständig

1) Meisel, S. 90; Dietz/Richardi, § 99 Rdnr. 50; ders., DB 1973, 378 ff (379).

2) Meisel, S. 90; einschränkend Hemmer, S. 112 f.

3) Dietz/Richardi, § 99 Rdnr. 50.

4) BB 1972, 923 ff.

5) Frey, BB 1972, 923 ff (924).

gelesen werden müsse und sich daher nur auf die abstrakte Personalplanungsmaßnahmen beziehe ¹⁾. Das Einverständnis des Betriebsrates mit geplanten Personalveränderungen sei ein gesetzliches Tatbestandserfordernis, das vorliegen müsse, bevor der Beschaffungsvorgang beginne ²⁾. Habe der Betriebsrat seine Zustimmung zu der vorgesehenen Einstellung erteilt, brauche der Arbeitgeber den Betriebsrat nur noch über die konkret in Aussicht genommene Person zu informieren. Dabei habe der Betriebsrat ein Prüfungsrecht nur noch hinsichtlich solcher Tatsachen, die erst bei Vorlage der Personalunterlagen des Einzustellenden auftauchen würden ³⁾.

Die Auffassung Freys verwischt die vom Gesetzgeber getroffene Unterscheidung zwischen den betriebsverfassungsrechtlichen Beteiligungsrechten bei allgemeinen personellen Angelegenheiten einerseits und bei personellen Einzelmaßnahmen andererseits. § 99 BetrVG ist in den dritten Unterabschnitt des fünften Abschnitts des Betriebsverfassungsgesetzes gestellt, dessen Anordnungen - wie aus der Überschrift dieses Kapitels unzweideutig hervorgeht - nur für die personellen Einzelmaßnahmen gelten ⁴⁾. Das Zustimmungsrecht des Betriebsrates bezieht sich daher ausschließlich auf die

1) Frey, BB 1972, 923 ff (924).

2) Frey, BB 1972, 923 ff (925).

3) Frey, BB 1972, 923 ff (925).

4) End, S. 110 f.

konkreten Einstellungsakte ¹⁾. Dementsprechend enthalten auch die Zustimmungsverweigerungsgründe des § 99 Abs. 2 BetrVG keine Elemente der Personalplanung ²⁾.

Die Mitwirkung des Betriebsrates bei der Personalplanung ist vielmehr in § 92 BetrVG abschließend geordnet ³⁾. Ein Zustimmungsvorrecht des Betriebsrates ist in dieser Vorschrift nicht vorgesehen. Der Betriebsrat hat weder die Befugnis, eine Personalplanung zu fordern, noch die Möglichkeit, die Personalplanung zu gestalten ⁴⁾. § 92 Abs. 2 BetrVG gibt ihm lediglich ein Vorschlagsrecht. Das differenzierte und abgestufte System von Beteiligungsrechten des Betriebsrats bei allgemeinen und Einzelmaßnahmen darf nicht durch eine extensive Interpretation des § 99 Abs. 1 BetrVG verwischt werden ⁵⁾. Die Entscheidung, ob und gegebenenfalls welche Arbeitnehmer eingestellt werden sollen, hat allein der Unternehmer zu treffen.

b) Zeitpunkt der Unterrichtung

Das Auswahlrecht des Unternehmers hinsichtlich der einzustellenden Bewerber gibt auch Aufschluß über den im Gesetz nicht näher

-
- 1) So auch Roemheld, BB 1972, 1330 ff (1331); Dietz/Richardi, § 99 Rdnr. 63.
 - 2) Roemheld, BB 1972, 1330 ff (1331).
 - 3) Dazu oben S. 5-49.
 - 4) Roemheld, DB 1972, 1330 ff (1331).
 - 5) Im Ergebnis auch Meisel, S. 90 Anm. 86 d; Dietz/Richardi, § 99 Rdnr. 63; Roemheld, BB 1972, 1330 ff; End, S. 110 ff.

festgelegten Zeitpunkt der Unterrichtung:
Die Unterrichtungspflicht entsteht erst,
wenn feststeht, wer eingestellt werden
soll ¹⁾. Solange noch keine bestimmten
Bewerber ausgewählt sind, braucht die bloße
Absicht, weitere Arbeitnehmer einzustellen,
nicht nach § 99 BetrVG mitgeteilt zu werden ²⁾.
Die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates bei
personellen Einzelmaßnahmen nach §§ 99 ff
BetrVG werden noch nicht berührt. Soweit im
Planungsstadium Informationspflichten
des Arbeitgebers entstehen, gelten aus-
schließlich die §§ 92 ff BetrVG ³⁾.

aa) Wochenfrist

Das bedeutet nun nicht, daß der Zeitpunkt
der Unterrichtung nach Auswahl des Bewerbers
im Belieben des Arbeitgebers steht ⁴⁾.
Nach § 99 Abs. 1 S. 1 BetrVG hat der Arbeit-
geber den Betriebsrat "vor jeder Einstellung"
zu informieren. § 99 Abs. 3 S. 1 BetrVG
begrenzt die Frist, innerhalb derer der
Betriebsrat dem Unternehmer seine Zustimmungs-
verweigerung rechtswirksam zu erklären hat,
auf eine Woche. Das Gesetz geht demnach davon
aus, daß zwischen unternehmerischer Auswahl-
entscheidung und endgültiger Einstellung noch
mindestens die Frist von einer Woche
verstreichen muß ⁵⁾. Der Betriebsrat soll in
die Lage versetzt werden, die Bewerbungs-
unterlagen zu prüfen und im Falle von

-
- 1) End, S. 110; Kammann/Hess/Schlochauer, § 99 Rdnr. 59; Hemmer, S. 114.
 - 2) Dietz/Richardi, § 99 Rdnr. 50.
 - 3) End, S. 110.
 - 4) Vgl. End, S. 112 ff.
 - 5) Adomeit, DB 1971, 2360; Galperin/Löwisch, § 99 Rdnr. 58; Meisel, S. 95; Erdmann/Jürging/Kammann, § 99 Rdnr. 30; ArbG Göttingen BB 1973, 193; Joachim, a.a.O., S. 69 I 1.

Bedenken - soweit möglich - vorab eine Verständigung zu versuchen ¹⁾. Die Entscheidung des Betriebsrates soll nicht unter Zeitdruck getroffen werden ²⁾.

bb) Ausnahmen

Nicht ganz einhellig wird aber die Frage beantwortet, ob die Wochenfrist stets eingehalten werden muß oder ob hier Ausnahmen denkbar sind, es sich bei § 99 Abs. 3 S. 1 BetrVG also lediglich um eine Soll-Vorschrift handelt ³⁾.

Nach Erdmann/Jürging/Kammann ⁴⁾ reicht es in bestimmten Fällen aus, daß der Arbeitgeber den Betriebsrat unverzüglich, d.h. gegebenenfalls auch erst bei Einstellung des Arbeitnehmers unterrichtet. Dies soll dann gelten, wenn eine rechtzeitige vorherige Unterrichtung des Betriebsrates praktisch nicht durchführbar ist, insbesondere dann, wenn ein unvorhergesehener größerer Ausfall von Arbeitskräften durch kurzfristig eintretende Arbeitnehmer ausgeglichen werden muß. Ähnlich gehen auch Kraft ⁵⁾ und Kammann/Hess/Schlochauer ⁶⁾ davon aus, daß in dringenden Fällen verkürzte Unterrichtungs- und Zustimmungsg-

1) Kammann/Hess/Schlochauer, § 99 Rdnr. 59; Erdmann/Jürging/Kammann, § 99 Rdnr. 30; vgl. auch End, S.112.

2) Meisel, S. 95.

3) Dazu ausführlich End, S. 112 ff.

4) § 99 Rdnr. 31.

5) § 99 Rdnr. 80.

6) § 99 Rdnr. 60; vgl. Meisel, S. 95.

fristen bestehen, eine Unterrichtung des Betriebsrates unmittelbar vor oder bei Durchführung der Einstellungsmaßnahmen also nicht immer eine Pflichtverletzung des Arbeitgebers darstellen muß ¹⁾.

Diese Ansicht läßt sich jedoch mit dem Wortlaut des § 99 BetrVG unter Berücksichtigung des § 100 BetrVG nicht vereinbaren, zumindest insoweit nicht, als eine Unterrichtung des Betriebsrates erst bei oder nach der Einstellung den normativen Anforderungen nach § 99 BetrVG genügen soll ²⁾. Der Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit kann den Betriebsrat allenfalls ausnahmsweise dazu verpflichten, zur Behebung personeller Engpässe auf die Einhaltung der Wochenfrist zu verzichten ³⁾. Die Annahme einer Zulässigkeit der Unterrichtung des Betriebsrats erst bei oder nach der Einstellung kommt einer Aufhebung des diesbezüglichen betriebsverfassungsrechtlichen Mitbestimmungsrechts nach § 99 BetrVG gleich und ist daher abzulehnen ⁴⁾. Zudem hat der Gesetzgeber dem Arbeitgeber gerade auch für Eilfälle die Möglichkeit eröffnet, eine vorläufige Einstellung gem. § 100 BetrVG vorzunehmen ⁵⁾. Es bleibt daher für Einstellungen gem. § 99 BetrVG bei der Regel, daß bei Einstellungen der Betriebsrat mindestens eine Woche vor der geplanten Einstellung unterrichtet werden muß.

1) Kraft, § 99 Rdnr. 80.

2) Fitting/Auffarth/Kaiser, § 99 Rdnr. 17.

3) End, S. 118.

4) Ablehnend auch Galperin/Löwisch, § 99 Rdnr. 58; Stege/Weinspach, S. 391.

5) Siehe Galperin/Löwisch, § 99 Rdnr. 58.

c) Form

Das Gesetz schreibt keine besondere Form für die Unterrichtung des Betriebsrates vor. Daher kann die Unterrichtung sowohl mündlich als auch schriftlich erfolgen ¹⁾. Es muß sich nur um eine an den Betriebsrat gerichtete Mitteilung handeln, die den Zweck verfolgt, die Zustimmung des Betriebsrates zu der geplanten Maßnahme zu erlangen ²⁾. Diese Regelung wird von der Literatur überwiegend für unzweckmäßig gehalten, da sie im Streitfall zu kaum überwindbaren Beweisschwierigkeiten führt ³⁾. So setzt die Unterrichtung des Betriebsrates über eine personelle Einzelmaßnahme die Frist des § 99 Abs. 3 S. 1 BetrVG in Gang. Daher empfiehlt es sich, daß der genaue Zeitpunkt der Unterrichtung des Betriebsrats schriftlich fixiert wird ⁴⁾, etwa durch Bestätigung des Eingangs der Mitteilung ⁵⁾. Dieses Problem kann in dem vorliegenden Zusammenhang aber auf sich beruhen. Hier genügt die Feststellung, daß das Gesetz jedenfalls eine besondere Form nicht fordert.

Zur Unterrichtung des Betriebsrates genügt gemäß § 26 Abs. 3 S. 2 BetrVG die Unterrichtung des Betriebsratsvorsitzenden oder im Falle der Verhinderung die seines Stell-

-
- 1) Fitting/Auffarth/Kaiser, § 99 Rdnr. 22; Kammann/Hess/Schlochauer, § 99 Rdnr. 56.
 - 2) LAG Hamm DB 1973, 1407.
 - 3) Kammann/Hess/Schlochauer, § 99 Rdnr. 56.
 - 4) Hemmer, S. 116 f.
 - 5) Vgl. Meisel, S. 95; End, S. 114; Kammann/Hess/Schlochauer, § 99 Rdnr. 56.

vertreter. Die Unterrichtung eines anderen Betriebsratsmitglieds reicht nicht ¹⁾, es sei denn, dieses ist besonders ermächtigt worden, Erklärungen des Arbeitgebers über die Vornahme von Einstellungen entgegenzunehmen ²⁾ oder aber, der Betriebsrat hat versäumt, für den Fall der Verhinderung sowohl des Vorsitzenden als auch seines Stellvertreters Vorkehrungen zu treffen ³⁾.

In dem Fall, daß die Beteiligungsrechte auf einen Personalausschuß nach § 28 BetrVG übertragen worden sind, erfüllt der Arbeitgeber auch mit der Unterrichtung des Vorsitzenden dieses Ausschusses die Anforderungen des Gesetzes ⁴⁾.

d) Umfang der Unterrichtungspflicht

aa) Personeller Umfang

Die Frage nach Inhalt und Umfang der Unterrichtungspflicht ist vor allem die, über welche Personen der Betriebsrat in welchem Umfang zu informieren ist. Die Antwort, die das Gesetz hierauf gibt, ist zumindest unklar. So heißt es in § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG, daß der Arbeitgeber den Betriebsrat "zu unterrichten, ihm die erforderlichen Bewerbungsunterlagen vorzulegen und Auskunft über die Person der Beteiligten

1) BAG BB 1974, 836.

2) Kammann/Hess/Schlochauer, § 99 Rdnr. 56.

3) LAG Frankfurt BB 1977, 1048.

4) BAG DB 1975, 2189.

zu geben" hat. Doch wird weder der Begriff des Beteiligten definiert, noch wird erläutert, welche Bewerbungsunterlagen erforderlich und damit vorlagepflichtig sind. Daher kann es nicht überraschen, daß sowohl über den Personenkreis, über den Auskunft zu geben ist, als auch über die Unterlagen, die vorzulegen sind, in Rechtsprechung und Literatur Meinungsverschiedenheiten bestehen, ohne daß eine Lösung dieses Streits auch nur in Sicht wäre. Selbst die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 6. April 1973, wonach dem Betriebsrat Auskunft über alle Bewerber zu geben ist einschließlich derjenigen, die der Arbeitgeber nicht berücksichtigen will ¹⁾, hat nicht richtungsweisend zu wirken vermocht. Stattdessen ist in der Literatur zunehmend eine Tendenz erkennbar, die zu einer Einschränkung des Begriffs des Beteiligten kommen möchte ²⁾.

Die Darstellung des augenblicklichen Meinungsstandes wird dadurch erschwert, daß die beiden aufgezeigten Problemkomplexe nicht immer unterschieden werden. So wird die Frage nach der Reichweite der Informationspflicht des Arbeitgebers in personeller Hinsicht teilweise anhand des Begriffs "der Beteiligten" diskutiert ³⁾. Demgegen-

-
- 1) BAG DB 1973, 1456 f; zustimmend End, S. 120 ff; kritisch Neef BB 1973, 988 ff; Kleiner/Wittke, a.a.O., IV 19 (S. 40).
 - 2) Vgl. beispielsweise Kraft, § 99 Rdnr. 65; Kammann/Hess/Schlochauer, § 99 Rdnr. 62 ff, umfassend zu diesem Problem neuerdings Pauly, BB 1981, 501 ff.
 - 3) Vgl. Kraft, § 99 Rdnr. 66; Kammann/Hess/Schlochauer, § 99 Rdnr. 62 ff.

über ist auf die Verschiedenheit der beiden Problemfelder aufmerksam zu machen. Die Frage, über welche Personen zu informieren ist, ist eine andere als die, in welchem Ausmaß zu informieren ist. Die in diesem Zusammenhang anzutreffenden argumentativen Verirrungen dürften wohl daher rühren, daß die Reihenfolge, in der das Gesetz in § 99 Abs. 1 S. 1 BetrVG auf die beiden Fragenkomplexe hinweist, ihre Vermischung begünstigt; denn die Frage, welche Bewerbungsunterlagen vorgelegt werden müssen, läßt sich wohl kaum klären, wenn nicht zuvor entschieden worden ist, über welche Bewerber zu informieren ist, wobei allerdings nicht bestritten werden soll, daß der Begriff der "Erforderlichkeit" vor allem auch im Hinblick auf die Zustimmungsverweigerungsgründe des § 99 Abs. 2 BetrVG gewisse Rückschlüsse auf den Begriff des Beteiligten zuläßt.

Im folgenden wird zuerst untersucht, wer Beteiligter im Sinne des § 99 Abs. 1 BetrVG ist.

(1) Streitstand

Das BAG und ihm folgend ein Großteil der Literatur legen den Begriff des Beteiligten sehr weit aus. Der Betriebsrat ist danach über alle Bewerber zu unterrichten ¹⁾. Von

1) BAG DB 1973, 1456; Dietz/Richardi, § 99 Rdnr. 51; Fitting/Auffarth/Kaiser, § 99 Rdnr. 18; Galperin/Löwisch, § 99 Rdnr. 43; Richardi, DB 1973, 378 (380); Weiss, S. 302; Stahlhacke, BlStSozArbR 1972, 67 (71); Richardi, DB 1973, 378 ff (379); Adomeit, DB 1971, 2360; Falkenberg, DB 1972, 776.

einigen Stimmen wird allerdings die Einschränkung gemacht, daß solche Bewerbungen nicht vorlagepflichtig sind, die für die zu besetzende Stelle offensichtlich nicht in Betracht kommen ¹⁾. Begründet wird diese Auffassung vor allem mit einer historischen Interpretation des § 99 BetrVG und mit dem Hinweis auf den Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber (vgl. § 2 Abs. 1 BetrVG) ²⁾.

Demgegenüber wird auch die Ansicht vertreten, daß nur die Bewerbungsunterlagen desjenigen Bewerbers vorzulegen sind, den der Arbeitgeber tatsächlich einstellen will ³⁾. Die gegenteilige Meinung verkenne, daß der Betriebsrat hinsichtlich der Bewerber kein Auswahlrecht besitze, sondern die Zustimmung zu personellen Einzelmaßnahmen nur aus bestimmten in § 99 Abs. 2 BetrVG aufgezählten Gründen verweigern könne ⁴⁾. Etwas anderes könne allenfalls für innerbetriebliche Stellenbewerber gelten ⁵⁾.

Mit dieser Einschränkung nähert sich die dargestellte Auslegung der vermittelnden Lehre von Kraft ⁶⁾ und Kammann/Hess/Schlochauer ⁷⁾. Danach sind als Beteiligte im

- 1) Galperin/Löwisch, § 99 Rdnr. 44; Fitting/Auffarth/Kaiser, § 99 Rdnr. 18; Stege/Weinspach 4.3232.392; a.A. mit beachtlichen Gründen Weiss, S. 302.
- 2) BAG DB 1973, 1456 f; Kleiner/Wittke, a.a.O., S. 40.
- 3) Nachweise bei End, S. 119 Fn. 2.
- 4) Erdmann/Jürging/Kammann, § 99 Rdnr. 34; vgl. auch Meisel, S. 90.
- 5) Erdmann/Jürging/Kammann, § 99 Rdnr. 34.
- 6) Kraft, § 99 Rdnr. 66 ff.
- 7) Kammann/Hess/Schlochauer, § 99 Rdnr. 62 ff.

Sinne des § 99 BetrVG folgende Personen anzusehen:

1. Diejenigen Personen (inner- und außerbetriebliche Arbeitnehmer), die der Arbeitgeber im Rahmen der ihm bei personellen Einzelmaßnahmen zustehenden Entscheidungskompetenz selbst ausgewählt hat.
2. Weitere innerbetriebliche Bewerber, die aufgrund ihrer Qualifikation und Arbeitsleistung für die zu besetzende Stelle infrage kommen oder die aus anderen Gründen (etwa wegen einer verbindlichen Zusage) einen Anspruch auf Berücksichtigung haben.
3. Sonstige im Betrieb beschäftigte Arbeitnehmer, die durch personelle Einzelmaßnahmen im Sinne des § 99 Abs. 2 Nr. 3 und 4 BetrVG unmittelbar betroffen werden.
4. Die Arbeitnehmer, die gemäß einer nach § 95 BetrVG aufgestellten Auswahlrichtlinie in Frage kommen, wobei über alle Bewerber Auskunft zu geben ist, wenn die Auswahlrichtlinien durch besondere Definition den Begriff des Beteiligten festlegen ¹⁾.

1) Kammann/Hess/Schlochauer, § 99 Rdnr. 63.

(2) Stellungnahmen

(a) Auslegung nach dem Wortlaut

Die Entscheidung darüber, welche der verschiedenen Auffassungen zutreffend ist, hat vom Wortlaut des Gesetzes auszugehen. Insofern ist aber nochmals darauf hinzuweisen, daß das Gesetz den Begriff des Beteiligten nicht definiert, sondern als bekannt voraussetzt ¹⁾.

Bemerkenswert ist aber, daß das Gesetz von den Beteiligten spricht, während § 61 Abs. 1 BetrVG 1952 noch die Einzahl gebrauchte, als es den Arbeitgeber verpflichtete, Auskunft über die Person "des Bewerbers" zu geben ²⁾. Daraus aber auf die Richtigkeit der erstgenannten Auffassung zu schließen, wonach der Arbeitgeber über alle Bewerber zu informieren hat, wäre zumindest verfrüht ³⁾. Die Verwendung der Mehrzahl des Begriffs Beteiligter läßt sich zwangslos auch damit erklären, daß der Gesetzgeber an die gleichzeitige Besetzung mehrerer offener Stellen oder an die Möglichkeit innerbetrieblicher Stellenausschreibungen oder an die Existenz von Auswahlrichtlinien gedacht hat.

1) BAG DB 1953, 1456.

2) BAG DB 1973, 1456; vgl. auch End, S. 121 f.

3) End, S. 122; Pauly, BB 1981, 501 ff (501).

Abgesehen davon ist es auch vorstellbar, daß es bei der Besetzung eines konkreten Arbeitsplatzes durch einen bestimmten Arbeitnehmer mehrere Beteiligte gibt, über die der Betriebsrat zu informieren ist. So können im Betrieb bereits beschäftigte Arbeitnehmer durch die Einstellungsmaßnahme Nachteile im Sinne des § 99 Abs. 2 Nr. 3 und 4 BetrVG erleiden ¹⁾. Daß der Betriebsrat hierüber zu unterrichten ist, ergibt sich wiederum aus § 99 Abs. 1 BetrVG, wonach der Arbeitgeber auch Auskunft über die Auswirkungen der geplanten Maßnahme zu geben hat. In diesem Fall ist auch der nachteilig betroffene Arbeitnehmer Beteiligter.

(b) Historische Auslegung

Wenn also aufgrund der bloßen Verwendung des Plurals des Begriffs "Beteiligter" noch nicht auf den Umfang der Unterrichtungspflicht des Arbeitgebers geschlossen werden kann, so liegt der Versuch nahe, im Wege historischer Auslegung zu ermitteln, welche Bedeutung der Gesetzgeber dem Begriff des Beteiligten beigelegt hat ²⁾. Da eine Interpretation einer Norm nur durch Rückgriff auf ihren durch den Gesetzgeber bestimmten Sinn möglich ist ³⁾, muß eine ein-

1) Vgl. Kammann/Hess/Schlochauer, § 99 Rdnr. 63.

2) So BAG DB 1973, 1456; End, S. 122; Richardi, DB 1973, 378 (380); Dietz/Richardi, § 99 Rdnr. 51; Fitting/Auffarth/Kraft, § 99 Rdnr. 18; kritisch hierzu Pauly, BB 1981, 501 ff (501 f).

3) Das ergibt sich aus dem Sprachcharakter jeder Norm; vgl. Sacker ARSP 58, 218.

deutige Entscheidung der parlamentarischen Körperschaften den Gesetzesinterpreten binden.

Insofern hat die Tatsache besonderes Gewicht, daß es in der Begründung des Regierungsentwurfs zu § 99 BetrVG erläuternd heißt, daß bei einer Einstellung die Unterlagen **a l l e r B e w e r b e r** vorzulegen sind ¹⁾. Die parlamentarischen Gremien könnten sich die Auffassung des Regierungsentwurfs zu eigen und sie damit zum maßgeblichen Gesetzesinhalt gemacht haben. Dies wird denn auch vom BAG und einem großen Teil der Literatur angenommen ²⁾. Dabei wird aber die Tatsache zu wenig berücksichtigt, daß sich der Wortlaut des § 99 Abs. 1 BetrVG im Vergleich zum Text des § 99 Abs. 1 des Regierungsentwurfs erheblich geändert hat ³⁾.

Hatte es im Entwurf geheißen, daß der Arbeitgeber "unter Vorlage der Unterlagen Auskunft über die Person der Beteiligten" zu geben habe, heißt es nunmehr, daß der Arbeitgeber "die erforderlichen Bewerbungsunterlagen vorzulegen (habe) und Auskunft über die Person der Beteiligten" geben müsse ⁴⁾.

1) BT-Drucks. VI/1786, S. 51.

2) Siehe oben 103 Anm. 1.

3) Kraft, § 99 Rdnr. 66.

4) Vgl. Neef, BB 1978, 988.

Hier handelt es sich nicht, wie unter anderem End meint ¹⁾, um eine geringfügige, den wesentlichen Inhalt der Normierung unberührt lassende Textänderung, sondern um eine bedeutsame Neuregelung. Mit dem Kriterium der Erforderlichkeit der vorzulegenden Unterlagen wird durch die endgültige Gesetzesfassung nachhaltig bestätigt, daß dem Betriebsrat in § 99 BetrVG nur ein limitiertes Mitwirkungsrecht eingeräumt worden ist. Der Betriebsrat kann seine Zustimmung zur Einstellung von Arbeitnehmern lediglich aus den in § 99 Abs. 2 Nr. 1-6 BetrVG aufgeführten Gründen verweigern ²⁾. Daher sind nur die Bewerbungsunterlagen für eine sinnvolle Wahrnehmung der betriebsverfassungsrechtlichen Mitwirkungsbefugnisse erforderlich, die Aufschluß darüber geben können, ob die tatbestandlichen Voraussetzungen der enumerierten Versagungsgründe gegeben sind ³⁾. Da sich der Betriebsrat aber immer nur mit der Einstellung eines konkreten vom Arbeitgeber ausgewählten Arbeitnehmers zu beschäftigen hat - der Betriebsrat kann dem Unternehmer ja nicht einen Arbeitnehmer eigener Wahl aufzwingen ⁴⁾, bedarf er zu seiner Entscheidung nicht der Vorlage der

1) End, S. 123.

2) Boever, RdA 1974, 73 ff (75); Kammann/Hess/Schlochauer, § 99 Rdnr. 62 mit umfangreichen Nachweisen.

3) Vgl. Kraft, § 99 Rdnr. 66; vgl. auch Richardi, DB 1973, 378 ff (380); Pauly, BB 1981, 501 ff (502).

4) Kraft, § 99 Rdnr. 67; Erdmann/Jürging/Kammann, § 99 Rdnr. 34.

Bewerbungsunterlagen sämtlicher Bewerber ¹⁾.

Ist das aber richtig, ist nur die Vorlage der Bewerbungsunterlagen der vom Arbeitgeber ausgesuchten Stellensuchenden erforderlich, dann kann es keinen Sinn ergeben, den Begriff "der Beteiligten" i.S.d. § 99 Abs. 1 S. 1 BetrVG auf alle Bewerber auszudehnen. Andernfalls hätte der Arbeitgeber Auskunft auch über solche Personen zu geben, deren Bewerbungsunterlagen er nicht vorzulegen braucht. Ein offensichtlich sinnwidriges Ergebnis. Hier zeigt sich die schon angesprochene Interdependenz zwischen dem Begriff "erforderliche Bewerbungsunterlagen" und dem Begriff "Beteiligte". Der Begriff der "Erforderlichkeit" bestimmt den betroffenen Personenkreis mit. Beteiligter i.S.d. § 99 Abs. 1 S. 1 BetrVG ist hiernach also grundsätzlich nur der schon vom Arbeitgeber ausgewählte und dem Betriebsrat vorgeschlagene Arbeitnehmer.

(c) Systematische Interpretation

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit des § 2 Abs. 1 BetrVG ²⁾. Zwar ist es richtig, daß § 2 Abs. 1 BetrVG nicht nur ein unverbindlicher Programmsatz ohne Ein-

-
- 1) Erdmann/Jürging/Kammann, § 99 Rdnr. 34 f; Meisel, S. 90 f; Kammann/Hess/Schlochauer, § 99 Rdnr. 62 ff; Kraft, § 99 Rdnr. 66 ff.
 - 2) So aber BAG DB 1973, 1456; zustimmend End, S. 123.

fluß auf die konkreten Rechte und Pflichten von Arbeitgeber und Betriebsrat ist ¹⁾. Aus dieser Generalklausel können aber nicht beliebige Rechte und Pflichten der Parteien herausgelesen werden, weil sonst die spezifizierte Ausgestaltung betriebsverfassungsrechtlicher Mitbestimmungs- und Mitwirkungsbefugnisse zugunsten beliebiger vom Interpretieren für zweckmäßig gehaltener Beteiligungsformen des Betriebsrats an Arbeitgeberentscheidungen ausgehöhlt wird.

Daher ist mit Neef ²⁾ davon auszugehen, daß § 2 Abs. 1 BetrVG nicht den Umfang der Rechte und Pflichten des Arbeitgebers und des Betriebsrates regelt, sondern lediglich die Art und Weise, wie die sich aus dem übrigen Gesetz ergebenden Rechte und Pflichten jeweils wahrzunehmen sind. Aus dem Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit ergibt sich nicht, welche Rechte bestehen, sondern nur, wie die Rechte, wenn sie bestehen, zu verwirklichen sind ³⁾. Aus § 2 Abs. 1 BetrVG kann somit nicht die Verpflichtung des Arbeitgebers abgeleitet werden, dem Betriebsrat die Bewerbungsunterlagen sämtlicher Bewerber zur Verfügung zu stellen.

- (d) Besonderheiten bei Auswahlrichtlinien und innerbetrieblicher Stellenausschreibung

Daß Beteiligter im Sinne des § 99 Abs. 1 S. 1 BetrVG nur der vom Arbeitgeber ausgesuchte

1) End, S. 123.

2) BB 1973, 988,

3) Neef, BB 1973, 988, zustimmend Pauly, BB 1981, 501 ff (502).

Bewerber ist, gilt freilich nur in der Regel.

Eine Ausnahme muß für den Fall anerkannt werden, daß Auswahlrichtlinien nach § 95 BetrVG eine besondere Definition des Begriffs "der Beteiligten" aufstellen oder einen Vergleich zwischen mehreren Bewerbern vorsehen ¹⁾. In diesem Fall benötigt der Betriebsrat die Unterlagen sämtlicher Bewerber, um feststellen zu können, ob gegen die Auswahlrichtlinien verstoßen wurde ²⁾. Entsprechend hat der Arbeitgeber über alle Bewerber Auskunft zu geben, die den in den Richtlinien aufgestellten Qualifikationsvoraussetzungen genügen ³⁾.

Dagegen genügt eine innerbetriebliche Stellenausschreibung für sich allein noch nicht, um ein Recht des Betriebsrates auf Einblick in die Unterlagen aller Bewerber annehmen zu können; denn der Arbeitgeber ist auch nach der innerbetrieblichen Ausschreibung des Arbeitsplatzes nicht verpflichtet, ihn mit einem sich aus dem Betrieb meldenden Arbeitnehmer zu besetzen ⁴⁾. Die innerbetriebliche Stellenausschreibung begründet keine Anwartschaft der schon im Unternehmen beschäftigten Arbeitnehmer auf die Stelle. Der Arbeitgeber kann vielmehr auch außerbetriebliche Bewerbungen einholen und sich

-
- 1) Kraft, § 99 Rdnr. 68; Kammann/Hess/Schlochauer, § 99 Rdnr. 63.
 - 2) Kraft, § 99 Rdnr. 68.
 - 3) Kammann/Hess/Schlochauer, § 99 Rdnr. 63.
 - 4) Dazu siehe oben S. 52.

für einen externen Bewerber entscheiden. Daher begründet die Einstellung betriebsfremder Arbeitnehmer auch kein Widerspruchsrecht nach § 99 Abs. 2 S. 3 BetrVG¹⁾. Eine wie auch immergeartete Entscheidung des Arbeitgebers kann die Arbeitnehmer nicht in ihrer bisherigen Position beeinträchtigen, es sei denn, besondere Zusagen oder Vereinbarungen hätten die bloße Beförderungschance zu einer nachweisbaren Rechtsposition verdichtet.

Entsprechend kann der Betriebsrat bei einer innerbetrieblichen Ausschreibungspflicht die Vorlage der Unterlagen aller innerbetrieblichen Bewerber verlangen, die bei Nichtberücksichtigung einen Nachteil erleiden.

(e) Ergebnis

Als Ergebnis kann damit festgehalten werden, daß der Begriff des Beteiligten i.S.d. § 99 Abs. 1 S. 1 BetrVG folgendermaßen zu bestimmen ist: "Beteiligte" sind zunächst einmal die - und zwar nur die - Bewerber um einen Arbeitsplatz, für die sich der Arbeitgeber in einer Art Vorauswahl entschieden hat. Beteiligte sind zudem die innerbetrieblichen Bewerber, die, wenn sie nicht schon vom Arbeitgeber für die zu besetzende Stelle vorgesehen sind, einen Rechtsanspruch auf Erlangung der freien Stelle haben. Schließlich zählen zu den Beteiligten all

1) Vgl. Kraft, § 99 Rdnr. 67.

diejenigen Personen, die von den Auswahlrichtlinien (§ 95 BetrVG) erfaßt werden, sowie die im Betrieb bereits beschäftigten Arbeitnehmer, die durch die Einstellungsmaßnahme Nachteile im Sinne des § 99 Abs. 2 Nr. 3 und 4 BetrVG erleiden können.

bb) Sachlicher Umfang

Nachdem geklärt ist, über welche Personen aus dem Kreis der Bewerber der Arbeitgeber dem Betriebsrat Auskunft zu geben hat, ist nunmehr der Frage nachzugehen, in welchem Umfang die Unterrichtungspflicht des Arbeitgebers besteht. Dabei ist zu unterscheiden zwischen der gesetzlichen Pflicht zur Weitergabe von Informationen über den einzustellenden Arbeitnehmer und der Pflicht zur Erteilung von Auskunft über die Auswirkungen der geplanten Einstellungsmaßnahme.

(1) Erforderliche Bewerbungsunterlagen

(a) Bewerbungsunterlagen

Die Auskunftspflicht des Arbeitgebers wird, soweit sie sich auf den oder die zur Einstellung vorgesehenen Bewerber bezieht, vom Gesetz dahin konkretisiert, daß dem Betriebsrat die erforderlichen Bewerbungsunterlagen vorzulegen sind. Zu den Bewerbungsunterlagen gehören die von den Bewerbern aus Anlaß ihrer Bewerbung eingereichten Unterlagen, wie zum Beispiel das Bewerbungsschreiben, die Arbeits- und Führungszeugnisse früherer Arbeitgeber, sonstige Referenzen,

der Lebenslauf, die ärztlichen Tauglichkeitsbescheinigungen . Umstritten ist, ob und inwieweit also ausgefüllte Personalfragebogen, Ergebnisse von Eignungstests, schriftliche Auskünfte von dritten Stellen, graphologische Gutachten sowie Notizen des Personalleiters über das Einstellungsgespräch der Vorlagepflicht unterliegen ¹⁾. Sicher ist, daß in den Auswahlrichtlinien eine Entscheidung darüber getroffen werden kann, welche Unterlagen dem Betriebsrat zur Kenntnis gebracht werden müssen ²⁾. Auch im Falle der Existenz von Auswahlrichtlinien ist aber zu beachten, daß die Auskunftspflicht des Arbeitgebers gegenüber dem Betriebsrat dort endet, wo der Arbeitgeber selbst kein Fragerecht mehr gegenüber den Bewerbern hat, weil die durch Verfassungsrecht geschützte Intimsphäre des Arbeitnehmers betroffen ist ³⁾. An dieser Stelle muß noch einmal darauf aufmerksam gemacht werden, daß der Betriebsrat durch die Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechte bei Personalmaßnahmen keine Dispositionsbefugnisse über individuelle Arbeitnehmerrechte erhält ⁴⁾. Insbesondere braucht der Bewerber Unterlagen über seine persönlichen Verhältnisse, die mit dem angestrebten Arbeitsverhältnis nichts zu tun haben, auch dann nicht zur Verfügung zu stellen, wenn deren Vorlage vom Betriebsrat gefordert wird. Der Betriebsrat kann die Offenbarung solch persönlicher Daten auch

1) Ablehnend: Kamman/Hess/Schlochauer, § 99 Anm. 70; a.A. Galperin/Löwisch, § 99 Rdnr. 45.

2) Kamman/Hess/Schlochauer, § 99 Anm. 70; Kraft, § 99 Rdnr. 68.

3) Galperin/Löwisch, § 99 Rdnr. 49.

4) S.oben S. 55 f.

dann nicht verlangen, wenn der Arbeitgeber von ihnen zufällig erfahren hat ¹⁾.

Sind keine Auswahlrichtlinien aufgestellt worden, muß der Unternehmer alle Unterlagen einschließlich der von ihm selbst erstellten vorlegen, die über die fachliche und persönliche Eignung des Bewerbers für den vorgesehenen Arbeitsplatz Auskunft geben ²⁾ und die der Betriebsrat benötigt, um zu entscheiden, ob er der vorgesehenen Einstellung zustimmt oder nicht.

Dadurch, daß der Arbeitgeber einen wesentlichen Teil der Bewerbungsunterlagen selbst erstellt, darf das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 99 BetrVG nicht unterlaufen werden. Der Betriebsrat muß also anhand der ihm zugänglichen Unterlagen darüber befinden können, ob der geplanten Einstellung einer der in § 99 Abs. 2 BetrVG angeführten Tatbestände entgegensteht ³⁾. Reichen die dem Betriebsrat zur Verfügung stehenden Informationen nicht aus, wird der Betriebsrat ausnahmsweise auch verlangen können, daß der Arbeitgeber weitere Auskünfte von dem Bewerber erbittet ⁴⁾. Immer ist aber zu beachten, daß es nicht allein darum geht, den Betriebsrat umfassend über die Person des Bewerbers zu unterrichten ⁵⁾, sondern nur darum, die für die Ausübung des Mitbestimmungsrechts nach § 99 BetrVG notwendigen Daten zur Verfügung zu stellen.

-
- 1) Dietz/Richardi, § 99 Rdnr. 53; Fitting/Auf-farth/Kaiser, § 99 Rdnr. 19; Galperin/Löwisch, § 99 Rdnr. 48; vgl. auch Kraft, § 99 Anm. 64.
 - 2) Vgl. Pauly BB 1981, 501 ff (504).
 - 3) End, S. 126.
 - 4) Erdmann/Jürging/Kammann, § 99 Rdnr. 39.
 - 5) So aber offenbar Galperin/Löwisch, § 99 Rdnr. 45.

(b) Einstellungsgespräch

In diesem Zusammenhang muß der Frage nachgegangen werden, ob die Pflicht des Arbeitgebers zur Auskunft über den Bewerber auch bedeutet, daß der Betriebsrat verlangen kann, gegebenenfalls zu Einstellungsgesprächen hinzugezogen zu werden. Für ein Recht des Betriebsrats auf Teilnahme am Einstellungsgespräch könnte sprechen, daß gerade hier eine wesentliche Vorentscheidung über die mitbestimmungspflichtige Maßnahme der Einstellung fällt. Dafür spricht auch, daß der Betriebsrat ein persönliches Bild von dem Bewerber erhalten muß, um sein Mitbestimmungsrecht sachgerecht ausüben zu können. Schließlich könnte auch das Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat den Arbeitgeber anhalten, einem Vertreter des Betriebsrats die Teilnahme bei Einstellungsgesprächen zu gestatten.

Zu beachten ist aber, daß die Auswahl unter den Stellenbewerbern allein Sache des Arbeitgebers ist ¹⁾. Erst wenn sich der Arbeitgeber entschlossen hat, einen bestimmten Bewerber einzustellen, wird das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats ausgelöst ²⁾. Bei § 99 Abs. 1 BetrVG geht es um die Mitbestimmung der Arbeitnehmerseite bei einer konkreten Personalmaßnahme. Erst wenn der Arbeitgeber unter mehreren Stellenbewerbern

1) Pauly BB 1981, 501 ff (504).

2) Richardi DB 1973, 378 ff (379).

ausgewählt und sich für einen bestimmten Bewerber entschieden hat, ist er verpflichtet, beim Betriebsrat um dessen Zustimmung zu der vorgesehenen Einstellung nachzusuchen und ihm die dazu erforderlichen Auskünfte zu geben ¹⁾.

Das Vorstellungsgespräch bereitet die Entscheidung des Arbeitgebers aber erst vor. Es soll die Auswahl unter den Bewerbern erleichtern, in dem es den Willensbildungsprozeß darüber, wer eingestellt werden soll, zu einem Abschluß führen hilft ²⁾. Da das Gesetz die Vorentscheidung über die Personalmaßnahme allein in die Hand des Arbeitgebers gelegt hat, kann allein aus der Tatsache, daß eine Vorentscheidung getroffen wird, kein Recht des Betriebsrats auf Teilnahme an einem Einstellungsgespräch gefolgert werden.

Für diese Auffassung spricht auch, daß nach § 99 Abs. 1 BetrVG der Arbeitgeber den Betriebsrat über die Person der Beteiligten zu "unterrichten" hat. Eine Teilnahme am Einstellungsgespräch würde aber bedeuten, daß nicht der Arbeitgeber dem Betriebsrat die notwendigen Informationen über den Bewerber verschaffen muß, sondern daß sich der Betriebsrat selbst mittels eines zu diesem Gespräch entsandten Mitglieds informiert.

1) Vgl. BAG in DB 1979, 2321; BVerfGE 50, S. 153 f.

2) BVerwGE 50, S. 153.

"Unterrichten" bedeutet aber, wie das BVerwG zu dem mit § 99 Abs. 1 BetrVG insoweit übereinstimmenden § 68 Abs. 2 S. 1 BPersVG ausgeführt hat, "daß jemand von einem anderen über einen Vorgang oder ein Ereignis in Kenntnis gesetzt wird, nicht aber, daß er sich selbst diese Kenntnis (unmittelbar) beschafft" ¹⁾. Ebensowenig vermag der an die Unterrichtspflicht des Arbeitgebers anknüpfende Halbsatz des § 99 Abs. 1 S. 1 BetrVG eine Teilnahme des Betriebsrates am Einstellungsgespräch zu legitimieren; denn er knüpft an die Unterrichtspflicht an und bestimmt, daß zu ihrer Erfüllung die erforderlichen Bewerbungsunterlagen vorzulegen sind und Auskunft über die Person des Beteiligten zu geben ist. Daraus folgt, daß die normative Anordnung der Vorlage von Unterlagen und der Auskunftsverpflichtung begrifflich keine Selbstinformation des Betriebsrats umfaßt, sondern lediglich die Unterrichtspflichten des Arbeitgebers präzisiert ²⁾.

Daß sich der Betriebsrat ein besseres persönliches Bild von dem Bewerber machen kann, wenn er zum Einstellungsgespräch hinzugezogen wird, soll nicht bestritten werden. Insoweit handelt es sich aber um Zweckmäßigkeitsüberlegungen, nicht aber um bestehende rechtliche Verpflichtungen des Arbeitgebers. Zweifelhaft ist zudem, ob durch die Anwesen-

1) BVerwGE 50, 156.

2) BVerwGE 50, 151.

heit des Betriebsrats beim Einstellungsgespräch sachgerechte Entscheidungen des Betriebsrats besonders gefördert werden. Es darf nämlich nicht übersehen werden, daß Sinn und Zweck der Informationspflicht des Arbeitgebers darin bestehen, den Betriebsrat in die Lage zu versetzen, über das Vorliegen der Zustimmungsverweigerungsgründe des § 99 Abs. 2 BetrVG zu befinden, nicht dagegen, dem Betriebsrat ein umfassendes Persönlichkeitsbild des Bewerbers zu vermitteln ¹⁾. Daß der Betriebsrat seine Rechte ausüben kann, wird schon dadurch gewährleistet, daß der Arbeitgeber seinen Unterrichtungspflichten nachkommt. Anhand der vom Arbeitgeber erteilten Auskunft wie auch aus den vorgelegten Bewerbungsunterlagen muß der Betriebsrat seine Entscheidung treffen können. Gegebenenfalls muß er weitere Auskünfte einholen. Einer Beteiligung am Einstellungsgespräch bedarf der Betriebsrat zur Wahrung seiner Rechte und Wahrnehmung seiner Aufgaben daher nicht.

Schließlich führt auch das Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber (§ 2 Abs. 1 BetrVG) nicht zu einem Teilnahmerecht des Betriebsrates ²⁾. Wie schon an anderer Stelle ausgeführt, bildet § 2 Abs. 1 BetrVG keine selbständige Rechtsgrundlage ³⁾. Die Kompe-

1) Vgl. oben S. 116.

2) S. oben S. 110/111.

3) BVerwGE 50, 156 f.

tenzen des Betriebsrates sind durch das Gesetz genau abgegrenzt. Sie werden durch das Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit nicht erweitert; denn dieses bestimmt nur, wie die sich aus den übrigen Regelungen ergebenden Rechte und Pflichten wahrzunehmen sind ¹⁾. In § 2 Abs. 1 BetrVG geht es nicht um die normativen Grundlagen, sondern um die Art und Weise der Wahrnehmung der betriebsverfassungsrechtlichen Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechte. Für die Teilnahme des Betriebsrats am Einstellungsgespräch fehlt schon die gesetzliche Anordnung ²⁾.

(2) Auswirkungen der geplanten Einstellung

Der Arbeitgeber hat dem Betriebsrat auch Auskunft über die Auswirkungen der geplanten Maßnahme zu geben. Dabei soll insbesondere der für den Bewerber in Aussicht genommene Arbeitsplatz mitgeteilt werden. Der Betriebsrat soll in die Lage versetzt werden, sich ein Bild über die Auswirkungen der Einstellung machen zu können, und zwar in ihrer Wirkung auf die Arbeitsverhältnisse anderer Arbeitnehmer ³⁾. Dies jedoch gilt nur insoweit, wie daraus ein Zustimmungsverweigerungsrecht des Betriebsrates entstehen kann. So muß der Betriebsrat beurteilen können, ob durch die vorgesehene Einstellung im Betrieb beschäftigte Arbeitnehmer Nachteile erleiden,

1) Neef in BB 1973, 988; s. auch S. 111.

2) Ablehnend auch Kammann/Hess/Schlochauer, § 99 Rdnr. 71; Dietz/Richardi, § 99 Rdnr. 64; Fitting/Auffarth/Kaiser, § 99 Rdnr. 22; Meisel, S. 92; Galperin/Löwisch, § 99 Rdnr. 50; Kraft, Rdnr. 74.

3) Kammann/Hess/Schlochauer, § 99 Rdnr. 75.

ohne daß dies aus betrieblichen oder in der Person des Arbeitnehmers liegenden Gründen gerechtfertigt ist (§ 99 Abs. 2 Nr. 3 BetrVG), oder ob die Besorgnis einer Störung des Betriebsfriedens durch den Bewerber besteht (§ 99 Abs. 2 Nr. BetrVG) ¹⁾. Dagegen braucht der Arbeitgeber den Betriebsrat nicht über die rein wirtschaftlichen Auswirkungen der geplanten Maßnahme zu unterrichten ²⁾.

e) Vorlage der Unterlagen

Soweit dem Betriebsrat Unterlagen vorzulegen sind, müssen sie ihm zur Einsicht zugänglich gemacht, nicht jedoch ausgehändigt werden ³⁾. Die Unterlagen können daher z.B. im Personalbüro ausgelegt werden ⁴⁾. § 80 Abs. 2 BetrVG, der bestimmt, daß gewisse Unterlagen dem Betriebsrat zur Verfügung zu stellen sind, wird von § 99 Abs. 1 BetrVG als Spezialvorschrift verdrängt ⁵⁾. Im übrigen wird der auch in § 99 Abs. 1 BetrVG verwendete Begriff der "Vorlage" von § 108 Abs. 3 BetrVG i.V.m. § 106 Abs. 2 BetrVG definiert, wenn dort davon die Rede ist, daß die Mitglieder des Wirtschaftsausschusses in die "vorgelegten" Unterlagen Einsicht nehmen können ⁶⁾.

-
- 1) Galperin/Löwisch, Rdnr. 51; Kraft, § 99 Rdnr. 73.
 - 2) Kammann/Hess/Schlochauer, § 99 Rdnr. 75.
 - 3) Herrschende Meinung vgl. Fitting/Auffarth/Kaiser, § 99 Rdnr. 22; Kammann/Hess/Schlochauer, § 99 Rdnr. 73; a.A. LAG Frankfurt AuR 1974, 28.
 - 4) Kammann/Hess/Schlochauer, § 99 Rdnr. 73.
 - 5) Erdmann/Jürging/Kammann, § 99 Rdnr. 40.
 - 6) Ausführlich s. oben S. 41 ff.

f) Einholung der Zustimmung des Betriebsrates

Nach § 99 Abs. 1 S. 1 BetrVG hat der Arbeitgeber die Zustimmung des Betriebsrates zu der vorgesehenen Einstellung einzuholen. Auch die Einholung der Zustimmung ist an keine Form gebunden ¹⁾, sie hat aber mindestens acht Tage vor der in Aussicht genommenen Maßnahme zu erfolgen und sollte zweckmäßigerweise mit der Unterrichtung über die personelle Maßnahme verbunden werden ²⁾. Umstritten ist, ob die Unterrichtung über die Person des Bewerbers bereits das Verlangen nach Zustimmung des Betriebsrates zu dessen Einstellung enthält ³⁾ oder ob der Betriebsrat ausdrücklich um Zustimmung gebeten werden muß ⁴⁾. Meines Erachtens ist der erstgenannten Auffassung zu folgen, weil in jeder Unterrichtung des Betriebsrats über die fachliche und persönliche Eignung des vom Arbeitgeber ausgewählten Bewerbers konkludent das Verlangen nach Zustimmung zur geplanten Einstellung zu sehen ist ⁵⁾.

-
- 1) Kammann/Hess/Schlochauer, § 99 Rdnr. 58.
 - 2) Kraft in GK § 99 Rdnr. 84; End, S. 131.
 - 3) Adomeit DB 1971, 2360; Dietz/Richardi, § 99 Rdnr. 65.
 - 4) H.M., statt vieler End, S. 131.
 - 5) Vgl. auch Kraft, § 99 Rdnr. 84: "in der Unterrichtung des Betriebsrats liegt auch die Bitte um Zustimmung".

2. Ausübung des Mitbestimmungsrechts durch den Betriebsrat

Unterrichtet der Arbeitgeber den Betriebsrat in der beschriebenen Weise über seine Absicht, einen bestimmten Bewerber einzustellen, hat der Arbeitgeber zunächst das für das Einstellungsverfahren seinerseits Erforderliche getan ¹⁾. Der Betriebsrat hat nun zu prüfen, ob er der Einstellung zustimmen oder ihr wegen Vorliegens eines Zustimmungsverweigerungsgrundes nach § 99 Abs. 2 BetrVG seine Zustimmung verweigern will.

Der Betriebsrat ist an die in § 99 Abs. 2 Nr. 1 bis 6 BetrVG enumerativ aufgezählten Verweigerungsgründe gebunden. Aus anderen als den in diesem Katalog aufgezählten Gründen kann er seine Zustimmung nicht verweigern; andere Gründe sind ohne rechtliche Bedeutung ²⁾. Insbesondere kann der Betriebsrat die Zustimmung nicht allein deshalb verweigern, weil er die Einstellung für unzumutbar, beispielsweise wegen der zusätzlichen wirtschaftlichen Belastung des Unternehmens für inopportun hält ³⁾.

a) Begründungspflicht bei Verweigerung

Die Verweigerung der Zustimmung muß schriftlich begründet werden. In der Begründung muß der Betriebsrat darlegen, weshalb die Zustimmung verweigert wird.

1) Vgl. Meisel, S. 98.

2) End, S. 133; eingehende Begründung dazu von Blomeyer, Festschrift f. Dietz, S. 167.

3) Galperin/Löwisch, § 99 Rdnr. 72; Richardi DB 1973, 378 ff (381).

Umstritten ist, inwieweit die Behauptungen, auf die der Betriebsrat die Ablehnung der Einstellung stützt, substantiiert werden müssen. Sicher ist, daß die bloß formelhafte Wiederholung der in § 99 Abs. 2 BetrVG aufgeführten Gründe nicht ausreicht ¹⁾.

Die vom Betriebsrat angeführten Gründe müssen auch einen erkennbaren Bezug zu einem der Tatbestände des § 99 Abs. 2 BetrVG haben ²⁾. Entfernen sich die angeführten Gründe so weit vom Katalog der Zustimmungsverweigerungsgründe, daß sie sich schlechterdings keinem der Tatbestände des § 99 Abs. 2 BetrVG zuordnen lassen, dann kann von einer ordnungsgemäßen Zustimmungsverweigerung nicht mehr gesprochen werden. In einem solchen Fall ist die Zustimmungsverweigerungserklärung ebenso wie beim Fehlen jeglicher Begründung unbeachtlich ³⁾.

Werden Gründe für die Verweigerung der Zustimmung angegeben, so brauchen diese aber nicht schlüssig zu sein, es genügt, daß die genannten Gründe die Zustimmungsverweigerung möglicherweise rechtfertigen ⁴⁾.

Das ergibt sich daraus, daß die Nachprüfung der Tragfähigkeit der Zustimmungsverweigerungsgründe ausschließlich dem Arbeitsgericht im Zustimmungsersetzungsverfahren obliegt ⁵⁾. Wollte man dagegen dem Arbeitgeber ein Recht zur Schlüssigkeitsprüfung ge-

1) Meisel, S. 103; Boewer RdA 1974, 73 ff (75).

2) Kraft, § 99 Anm. 88.

3) BAG in NJW 1979, 671.

4) Kraft, § 99 Rdnr. 89; a.A. Boewer RdA 1974, 73 ff (75).

5) BAG in NJW 1979, 671.

ben, wäre der Betriebsrat zur Klärung der Rechtslage praktisch regelmäßig auf das Verfahren nach § 101 BetrVG angewiesen. Beim Konflikt zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat müßte daher entgegen der erklärten Absicht des Gesetzgebers der Betriebsrat, nicht aber der Arbeitgeber das Arbeitsgericht anrufen ¹⁾. Im Ergebnis ist daher festzuhalten, daß der Betriebsrat dann seiner Begründungspflicht genügt, wenn er Tatsachen vorträgt, die das Vorliegen eines Zustimmungsverweigerungsgrundes möglich machen. Fehlt eine diesen Bedingungen entsprechende Begründung, so liegt keine Zustimmungsverweigerung vor; nach Ablauf der im Gesetz vorgeschriebenen Frist gilt die Zustimmung als erteilt.

b) Zustimmungsverweigerungsgründe

Nach § 99 Abs. 2 BetrVG kann der Betriebsrat die Zustimmung nur verweigern, wenn folgende Gründe vorliegen:

aa) Verstoß gegen Gesetze, Verordnungen oder Kollektivvereinbarungen (§ 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG)

Der erste normativisierte Versagungsgrund ist der Verstoß der personellen Maßnahme gegen ein Gesetz, eine Verordnung, eine Unfallverhütungsvorschrift oder gegen eine Bestimmung in einem Tarifvertrag oder in einer Betriebsvereinbarung oder gegen eine gerichtliche Entscheidung oder eine behörd-

1) Roemheld BB 1972, 1331; Galperin/Löwisch, § 99 Anm. 110.

lische Anordnung. Hiernach legitimieren ausschließlich rechtliche Gesichtspunkte, nicht dagegen Zweckmäßigkeitserwägungen eine Weigerung des Betriebsrates, der geplanten Einstellung eines Arbeitnehmers zuzustimmen ¹⁾.

(1) Arbeitsschutzbestimmungen

Als Gesetzesverstoß im Sinne des § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG kommen Verletzungen von Arbeitsschutzbestimmungen in Betracht ²⁾. Zu denken ist insbesondere an Beschäftigungsverbote, wie beispielsweise das Verbot der Beschäftigung von schwangeren Frauen oder Jugendlichen mit Akkordarbeit (§ 4 Abs. 3 Nr. 1 MuSchG, § 23 JArbSchG), von weiblichen Arbeitnehmern in Bergwerken oder Salinen (§ 16 AZO), von Arbeitnehmern ohne Gesundheitsattest (§§ 17 f BSeuchG) oder von Ausländern aus Nicht-EWG-Staaten ohne Arbeits-erlaubnis (§ 19 AFG) ³⁾.

(2) Einstellungspflichten

Problematisch ist aber schon, ob ein Verstoß gegen gesetzliche Bestimmungen auch dann vorliegt, wenn der Arbeitgeber mit der Einstellung eines bestimmten Bewerbers einer gesetzlichen Verpflichtung zur Einstellung anderer Personen nicht nachkommt, weil etwa ein Unternehmen noch nicht die gesetz-

1) Kammann/Hess/Schlochauer, § 99 Rdnr. 104.

2) Weiss, S. 305.

3) Vgl. Kammann/Hess/Schlochauer, § 99 Rdnr. 105; Kraft, § 99 Rdnr. 104; Erdmann/Jürging/Kammann, § 99 Rdnr. 52; Fitting/Auffarth/Kaiser, § 99 Rdnr. 26; Galperin/Löwisch, § 99 Rdnr. 74.

lich vorgesehene Mindestzahl von Schwerbeschädigten oder Inhabern von Bergmannsversorgungsscheinen beschäftigt ¹⁾.

Soweit diese Frage bejaht wird, wird das Vetorecht des Betriebsrates von der Bedingung abhängig gemacht, daß unter den Bewerbern eine Person ist, für die ein Einstellungsgebot besteht ²⁾.

Damit wird aber vorausgesetzt, daß dem Betriebsrat sämtliche Bewerbungsunterlagen zugänglich zu machen sind. Nur in diesem Fall ist es ihm nämlich möglich festzustellen, ob unter den Beteiligten ein Bewerber mit den geforderten Eigenschaften zu finden ist.

Es ist aber bereits gezeigt worden, daß der Arbeitgeber nicht verpflichtet ist, dem Betriebsrat die Unterlagen aller Bewerber vorzulegen. Der Betriebsrat kann also schon faktisch nicht überprüfen, ob die gesetzlichen Beschäftigungsgebote beachtet worden sind.

Nach Sinn und Zweck des § 99 BetrVG soll der Betriebsrat auch nicht mehr tun, als der konkreten vom Arbeitgeber vorgesehenen Einzelmaßnahme zuzustimmen oder sie abzulehnen. Dem Betriebsrat steht bezüglich der Bewerber ein Auswahlrecht nicht zu. Zu einem solchen Auswahlrecht führt aber die Annahme, wonach der Betriebsrat den vorgesehenen und ausgewählten Bewerber unter Hinweis auf einen anderen, durch irgendein Beschäfti-

-
- 1) Vgl. Dietz/Richardi, § 99 Rdnr. 82; Erdmann/Jürging/Kammann, § 99 Rdnr. 52; Weiss, S. 305.
 - 2) Dietz/Richardi, § 99 Rdnr. 82.

gungsgebot begünstigten, Arbeitnehmer ablehnen kann ¹⁾.

Für die hier vertretene Ansicht spricht auch noch folgender Gedanke:

Teil der Personalplanung im Sinne des § 82 BetrVG ist die Personaleinsatzplanung ²⁾. Die Personaleinsatzplanung erfüllt die Aufgabe bestmöglicher Zuordnung von Arbeitskräften und Stellen zur Optimierung des betrieblichen Leistungsprozesses ³⁾. Dabei soll nicht nur der Mensch an die Arbeit, sondern auch gerade die Arbeit an den Menschen angepaßt werden ⁴⁾. Die Personaleinsatzplanung gewinnt deshalb dort besondere Bedeutung, wo Behinderte in den Betrieb eingegliedert werden sollen, weil gerade für diese Personengruppe die menschengerechte Auswahl der zu besetzenden Stellen von besonderer Wichtigkeit ist.

§ 92 BetrVG gibt dem Betriebsrat aber kein Mitbestimmungsrecht bei der Personalplanung ⁵⁾. Dieses Mitbestimmungsrecht darf deshalb auch nicht durch die Hintertür eingeführt werden, indem sich der Betriebsrat bei Einstellungen von Arbeitnehmern in bestimmten Bereichen des Unternehmens auf die Verletzung des Beschäftigungsgebots beruft und auf diese Weise maßgeblich darüber entscheidet, welche Arbeitsplätze beispielsweise mit Schwerbe-

1) Ablehnend deshalb auch Kammann/Hess/Schlochauer, § 99 Rdnr. 105.

2) S. oben S. 27 f.

3) Hetzel, S. 90.

4) Vgl. RKW: Die Anpassung der Arbeit an den Menschen, Frankfurt 1961.

5) S. oben S. 45.

schädigten oder Inhabern von Bergmanns-versorgungsscheinen zu besetzen sind. Die Nichtbeachtung eines Beschäftigungsgebots berechtigt den Betriebsrat also nicht, der personellen Maßnahme die Zustimmung zu verweigern, weil sie gegen ein Gesetz verstößt ¹⁾.

Eine andere Frage ist, ob die Arbeitnehmervertreter in diesem Fall ihr Veto nach § 99 Abs. 2 Nr. 2 BetrVG einlegen können. Es kann nämlich möglich sein, daß die Verpflichtung zur Beschäftigung einer Mindestzahl von Behinderten Inhalt der zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat zu vereinbarenden Auswahlrichtlinien ist ²⁾.

- (3) Unterrichtungspflicht des § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG

Umstritten ist die Frage, ob auch ein Verstoß gegen die in § 99 Abs. 1 S. 1 BetrVG vorgesehene Unterrichtungspflicht durch den Arbeitgeber ein Zustimmungsverweigerungsrecht des Betriebsrats wegen Verstoßes der Einstellungsmaßnahme gegen ein Gesetz begründet ³⁾.

- (a) Auffassung des BAG

In einer Entscheidung zu § 61 BetrVG 52 hatte das BAG unter Hinweis auf die Grundregel der vertrauensvollen Zusammenarbeit und

1) Wie hier Kraft, § 99 Rdnr. 104; Kammann/Hess/Schlochauer, § 99 Rdnr. 105.

2) Dazu oben S. 68 f.

3) Kraft, § 99 Rdnr. 104; Weiss, S. 306; Galperin/Löwisch, § 99 Rdnr. 70; Erdmann/Jürging/Kammann, § 99 Rdnr. 53.

die Bedeutung der Grundsätze der Mitwirkung und Mitbestimmung in personellen Angelegenheiten die Verletzung der Informationspflichten als einen Gesetzesverstoß gewertet ¹⁾. Von dieser Rechtsprechung ist das BAG mit seinem Beschluß vom 6.4.1973 selbst wieder abgerückt ²⁾. Danach soll der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, der auch eine Berücksichtigung der Stellung des betroffenen Arbeitnehmers gebietet, der Annahme entgegenstehen, die ungenügende Unterrichtung des Betriebsrates sei ein Gesetzesverstoß im Sinne des § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG ³⁾. Dies gelte jedenfalls dann, wenn der Arbeitgeber nicht bewußt das Mitbestimmungsverfahren mißachtet habe, dem Gesetz also Genüge tun und dem betroffenen Arbeitnehmer zumindest eine vorläufig gesicherte Rechtsstellung einräumen wollte ⁴⁾.

(b) Stellungnahme

Gegen diese Entscheidung sind zutreffende Bedenken erhoben worden ⁵⁾, die sich darauf gründen, daß der Beschluß des BAG nicht so sehr auf die objektive Rechtsverletzung als auf das Verschulden des Arbeitgebers abstellt ⁶⁾.

Denn wenn danach gefragt wird, ob der Arbeitgeber das Verfahren nach § 99 Abs. 1 S. 1 BetrVG bewußt verletzt hat, wird die Gesetzesverletzung unterstellt und das Problem

1) BAG AP Nr. 5 zu § 61 BetrVG.

2) BAG DB 1973, 1456 f.

3) BAG DB 1973, 1456 f (1457).

4) BAG DB 1973, 1456 f (1457).

5) Nachweise bei Dietz/Richardi, § 99 Rdnr. 84.

6) Vgl. Neef BB 1973, 988 (990), Janssen, BlStSozArbR 1975, 12 ff (13).

der subjektiven Vorwerfbarkeit dieses Verstoßes erörtert. Wenn es aber für die Ver-
sagung der Zustimmung des Betriebsrates
nach § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG darauf an-
kommt, ob den Arbeitgeber ein Verschulden
trifft, müßte der Betriebsrat im Einzelfall
prüfen, ob der Arbeitgeber schuldhaft ge-
handelt hat oder nicht, ob infolgedessen
eine Gesetzesverletzung gegeben ist ¹⁾.

Dem Arbeitgeber ein Verschulden nachzuweisen,
dürfte dem Betriebsrat aber regelmäßig nicht
möglich sein.

Neef ²⁾ hat an diese Folgerung die Erwar-
tung geknüpft, daß das Bundesarbeitsgericht
später einmal einen Verfahrensverstoß bei
Einstellungsmaßnahmen überhaupt nicht mehr
als Gesetzesverstoß wertet. Dem ist mit
der h.M. in der Literatur beizupflichten ³⁾,
vor allem deshalb, weil mit der Neufassung
des Betriebsverfassungsgesetzes die für
die ursprüngliche Rechtsauffassung des BAG
sprechenden Gründe entfallen sind ⁴⁾.

Unter der Geltung des Betriebsverfassungsgesetzes von 1952 gestaltete sich die Rechts-
lage folgendermaßen: Der Arbeitgeber hatte
dem Betriebsrat den in Aussicht genommenen
Arbeitsplatz mitzuteilen und Auskunft über

1) Janssen, BlStSozArbR 1975, 12 ff (13).

2) BB 1973, 988 (990).

3) Dietz/Richardi, § 99 Rdnr. 84; Galperin/
Löwisch, Rdnr. 70; Ermann/Jürging/Kammann,
§ 99 Rdnr. 53; Kammann/Hess/Schlochauer, Rdnr.
84; Stege/Weispach, § 99 Rdnr. 4.32.36;
Kraft, § 99 Rdnr. 105; Weiss, S. 306.

4) Dietz/Richardi, § 99 Rdnr. 84.

die Person des Bewerbers zu geben. Der Betriebsrat hatte nach § 61 Abs. 2 S. 3 und Abs. 3 BetrVG 1952 das Recht, seine Zustimmung zu der geplanten Einstellungsmaßnahme zu verweigern, wobei nach ganz h.M. dieses Zustimmungsverweigerungsrecht kein echtes Mitbestimmungsrecht, sondern lediglich ein Einspruchsrecht war ¹⁾. Zu berücksichtigen ist nun, daß nach der alten Rechtslage eine Verletzung der Unterrichtungspflicht des Arbeitgebers sanktionslos geblieben wäre, hätte man sie nicht als Gesetzesverstoß werten und ein Einspruchsrecht darauf stützen können ²⁾.

Nach neuem Recht sind Sanktionen wegen Verletzungen von Mitbestimmungs- und Mitwirkungsrechten des Betriebsrates gemäß §§ 101 und 121 BetrVG möglich ³⁾. Deshalb braucht in der Verletzung der Unterrichtungspflichten des Arbeitgebers nicht mehr ein den Betriebsrat zur Zustimmungsverweigerung berechtigender Gesetzesverstoß gesehen zu werden, um eine Lücke im Gesetz zu schließen ⁴⁾.

Im übrigen wird, solange der Arbeitgeber den Betriebsrat nicht ordnungsgemäß unterrichtet hat, auch nicht die Wochenfrist in Gang gesetzt, die der Betriebsrat einhalten muß, wenn er seine Zustimmung zu der geplanten Maßnahme verweigern will ⁵⁾. Solange der Betriebsrat nicht ordnungsgemäß unterrichtet wurde, beginnt die einwöchige Frist des § 99 Abs. 3 BetrVG nicht zu laufen, die Zustimmung

1) Statt vieler Janssen, BlStSozArbR 1975, 12 ff (13).

2) Dietz/Richardi, § 99 Rdnr. 84.

3) Kammann/Hess/Schlochauer, § 99 Rdnr. 83; Erdmann/Jürging/Kammann, § 99 Rdnr. 53.

4) Dietz/Richardi, § 99 Rdnr. 84.

5) Dietz/Richardi, § 99 Rdnr. 84.

des Betriebsrates kann also nicht nach Abs. 3 S. 2 fingiert werden ¹⁾. Die Pflichtverletzung des Arbeitgebers kann nur dadurch geheilt werden, daß entweder der Arbeitgeber die ordnungsgemäße Unterrichtung nachholt oder der Betriebsrat trotz naturgemäß bestehender Bedenken die Einwilligung erteilt. Andernfalls behält der Betriebsrat seine Rechte nach § 101 BetrVG. Als Teilergebnis kann hier also festgehalten werden, daß die Verletzung der Unterrichtungspflicht des Arbeitgebers kein Gesetzesverstoß im Sinne des § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG ist ²⁾.

(4) Unterrichtungspflicht nach § 92, 94 BetrVG

Damit ist mittelbar auch die in der Literatur bislang - soweit ersichtlich - noch nicht erörterte Frage beantwortet, ob ein Verstoß gegen die Unterrichtungspflicht nach § 92 BetrVG oder die Verwendung anderer als die gemäß § 94 BetrVG vereinbarten und vorgesehenen Personalfragebögen den Betriebsrat berechtigt, die Zustimmung zu der konkreten Einstellungsmaßnahme zu verweigern. Immerhin sind die im Vorfeld personeller Einzelmaßnahmen statuierten Mitwirkungsrechte des Betriebsrates funktionell auf die Gestaltung der konkreten Arbeitsverhältnisse bezogen, so daß der Gedanke nicht abwegig erscheint, die Umgehung des betriebsverfassungsrechtlich vorgesehenen Einflusses der Arbeitnehmerseite auf dieses Arbeitsverhältnis durch Nichtbeachtung der

1) Kammann/Hess/Schlochauer, § 99 Rdnr. 83.

2) Bernert, a.a.O., S. 37 Rdnr. 2.4.1.

Beteiligungsrechte des Betriebsrates bei den allgemeinen Maßnahmen durch den Arbeitgeber sei als Gesetzesverstoß i.S. d. § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG zu betrachten.

Wenn aber nicht einmal die Verletzung der auf die konkreten Einstellungen bezogenen Unterrichtungspflichten des Arbeitgebers einen solchen Gesetzesverstoß mit den entsprechenden Konsequenzen zu begründen vermag, dann kann ihn auch die Verletzung solcher Informationspflichten nicht begründen, die schon im Vorfeld personeller Einzelmaßnahmen bestehen. Jedes andere Ergebnis wäre mit den gesetzlichen Wertungen der §§ 92 , 93 BetrVG schwerlich zu vereinbaren, weil der Umfang der Beteiligungsrechte des Betriebsrates proportional mit dem größer werdenden Abstand zum konkreten Arbeitsverhältnis wachsen würde. Das kann jedoch nicht richtig sein.

Für die hier vertretene Auffassung sprechen auch die Nrn. 2 und 5 des § 99 Abs. 2 BetrVG: Wenn nämlich die Verletzung der Mitwirkungsrechte des Betriebsrates bei allgemeinen personellen Maßnahmen ohne weiteres als Gesetzesverstoß zu behandeln wäre, bedürfte es dieser Bestimmungen neben § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG nicht mehr. Durch die gesonderte Aufführung der Fälle, daß der Arbeitgeber mit der Einstellung eines Bewerbers gegen Auswahlrichtlinien verstößt oder die erforderliche Ausschreibung im Betrieb unterläßt (§§ 95, 93 BetrVG), hat der Gesetzgeber zu

erkennen gegeben, daß die Verletzung der übrigen in den §§ 92 ff BetrVG aufgelisteten Beteiligungsrechte dem Betriebsrat nicht das Recht gibt, seine Zustimmung zu einer personellen Einzelmaßnahme zu verweigern.

Dieses Ergebnis wird noch durch einen weiteren Gedanken gestützt: Bei der Wahrnehmung seiner betriebsverfassungsrechtlichen Rechte ist der Betriebsrat an den normativen Auftrag gebunden, die Interessen der Arbeitnehmer zu vertreten ¹⁾. Damit ist der Betriebsrat zwar nicht gehindert, eine den einzelnen Arbeitnehmer belastende Maßnahme zu treffen, also beispielsweise einer Einstellung zu widersprechen, denn andernfalls wäre § 99 Abs. 2 BetrVG unverständlich. Kollektivrechtliche Befugnisse dürfen aber nicht zum Selbstzweck erhoben und über die Interessen der einzelnen Arbeitnehmer gestellt werden ²⁾. Die Kompetenzen des Betriebsrates sind nur Mittel zur Stützung des Individualrechtsschutzes. Damit steht aber auch fest, daß der Betriebsrat seine Zustimmung zur Einstellung eines Bewerbers nicht deshalb verweigern kann, weil seine eigenen Mitwirkungs- und Mitgestaltungsmöglichkeiten beeinträchtigt werden, ohne daß die personelle Maßnahme zugleich auch die Rechte des Bewerbers selbst,

1) § 2 Abs. 1 BetrVG.

2) Vgl. hierzu auch Blomeyer, Der Interessenkonflikt zwischen Arbeitnehmer und Betriebsrat bei Individualmaßnahmen, Festschrift f. Dietz 1973, 147 ff (156 ff).

einzelner schon im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer oder der Gesamtbelegschaft beeinträchtigt. Jede andere Auffassung würde den Rechten des Betriebsrates einen Eigenwert beimessen, der ihnen nicht zukommt.

Nach alledem liegt ein Gesetzesverstoß i.S.d. § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG nur vor, wenn die Einstellung als solche gesetzlichen Regelungen zuwiderläuft. Das Gesetz muß gerade der personellen Einzelmaßnahme entgegenstehen ¹⁾.

(5) Kündigungsschutzvorschriften

Schutzinteressen des einzelnen Arbeitnehmers verbieten es auch, in der Verletzung zwin- gender Kündigungsschutzbestimmungen durch eine unzulässige Befristung des Arbeitsver- hältnisses einen das Zustimmungsverweigerungs- recht des Betriebsrates begründenden Gesetzes- verstoß i.S.d. § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG zu sehen ²⁾. Andernfalls würde die Schutzfunk- tion für den einzustellenden Arbeitnehmer, die der Mitbestimmungsregelung des § 99 BetrVG innewohnt, in ihr Gegenteil verkehrt ³⁾. Die zum Schutz auch des Bewerbers konzipierte Vorschrift würde sich ohne besonderen An- laß gegen den Bewerber kehren ⁴⁾. Das zeigen folgende Erwägungen:

-
- 1) Kammann/Hess/Schlochauer, § 99 Rdnr. 104.
 - 2) BAG DB 1978, 203 ff; Fitting/Auffarth/ Kaiser, § 99 Rdnr. 26a.
 - 3) Vgl. BAG DB 1978, 2033 ff (2033).
 - 4) Vgl. LAG Hamm DB 1974, 925 f für die ver- gleichbare Frage, ob ein Widerspruchsrecht des Betriebsrates gegen die Einstellung bei alleinigem Streit über die Eingruppierung des Arbeitnehmers besteht.

Könnte der Betriebsrat von seinem Veto-recht bei Einstellungsmaßnahmen wegen einer Verletzung von Kündigungsschutzbestimmungen Gebrauch machen, müßte eine endgültige Einstellung des Bewerbers unterbleiben. Möglich ist dann allenfalls eine vorläufige Einstellung nach § 100 Abs. 1 BetrVG und die Stellung eines Antrages auf Ersetzung der Zustimmung durch das Arbeitsgericht. In diesem Fall könnte der Arbeitgeber bis zum Abschluß des arbeitsgerichtlichen Verfahrens die Dienste des vorläufig eingestellten Arbeitnehmers in Anspruch nehmen, obwohl dieser eine gesicherte Rechtsstellung nicht erhält ¹⁾. Scheitert nun der Zustimmungsersetzungsantrag wegen Umgehung zwingender Kündigungsschutzbestimmungen, verliert der Arbeitnehmer seinen Arbeitsplatz, ohne daß ihm die gesetzlichen Kündigungsvorschriften zugute kämen ²⁾.

Der Bestand des Arbeitsverhältnisses ist dagegen nur gesichert, wenn der Betriebsrat auch bei unzulässiger Befristung des Arbeitsvertrages der Einstellungsmaßnahme zustimmen muß ³⁾. Die objektive Rechtsverletzung hat dann zur Folge, daß das Arbeitsverhältnis zustandekommt, der Arbeitgeber sich aber mangels wirksamer Befristung nicht auf diese berufen kann. Das Arbeitsverhältnis kann dann nur durch ordentliche Kündigung unter Einhaltung der einschlägigen Kündigungsschutzbestimmungen beendet werden. Die Interessen auch des eingestellten Arbeit-

1) BAG DB 1978, 2033 ff (2034).

2) BAG DB 1978, 2033 ff (2034).

3) BAG DB 1978, 2033 ff (2034).

nehmers bleiben gewahrt.

(6) Sonstige Rechtsverstöße

Abschließend sei noch kurz auf die übrigen Zustimmungsverweigerungsgründe des § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG eingegangen. Der Betriebsrat kann seine Zustimmung verweigern, wenn die Einstellung des Bewerbers gegen Unfallverhütungsvorschriften verstoßen würde. Zu denken ist hier an solche Vorschriften, die Beschäftigungsverbote enthalten oder besondere fachliche oder persönliche Anforderungen an den Arbeitnehmer stellen ¹⁾. Die Zustimmung kann auch versagt werden, wenn die Einstellung gegen einen Tarifvertrag verstößt. So kann im Tarifvertrag die Beschäftigung bestimmter Arbeitnehmergruppen an bestimmten Arbeitsplätzen untersagt sein ²⁾. Die Einstellung eines Arbeitnehmers kann auch deswegen gegen § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG verstoßen, weil sie einer bestehenden Wiedereinstellungsklausel nach einem Arbeitskampf entgegensteht ³⁾.

Auch eine Betriebsvereinbarung kann Bestimmungen über personelle Maßnahmen enthalten, deren Verletzung das Vetorecht des Betriebsrates begründet. So können Vereinbarungen über die Verwendung oder Nichtverwendung

-
- 1) Galperin/Löwisch, § 99 Rdnr. 75; Kammann/Hess/Schlochauer, § 99 Rdnr. 106.
 - 2) Galperin/Löwisch, § 99 Rdnr. 76.
 - 3) Dietz/Richardi, § 99 Rdnr. 85; Nikisch III, S. 467; Kammann/Hess/Schlochauer, § 99 Rdnr. 107; Erdmann/Jürging/Kammann, § 99 Rdnr. 56.

von aus technischen Einrichtungen gewonnenen Daten für die Personalentscheidungen getroffen worden sein ¹⁾.

Dieser Tatbestand ist allerdings deswegen weitgehend bedeutungslos, weil Arbeitgeber und Betriebsrat nach § 95 BetrVG besondere Einstellungsrichtlinien vereinbaren können und der Betriebsrat nach § 99 Abs. 2 Nr. 2 BetrVG seine Zustimmung zu der geplanten Einstellung verweigern kann, wenn diese gegen eine entsprechende Richtlinie verstoßen würde ²⁾.

Eine Einstellung gegen eine gerichtliche Entscheidung kommt dann in Betracht, wenn das Gericht die Zustimmungsverweigerung des Betriebsrates für Rechtens erkannt hat und der Arbeitgeber danach versucht, die Maßnahme durchzuführen ³⁾. Allerdings besteht das Vetorecht nur dann, wenn der früher geltend gemachte Zustimmungsverweigerungsgrund nach wie vor gegeben ist ⁴⁾.

Eine behördliche Anordnung wird der Einstellung nur in seltenen Fällen entgegenstehen, so z.B. dann, wenn die Einstellung Jugender durch das Gewerbeaufsichtsamt verboten ist (§§ 22 f JArbSchG) ⁵⁾.

-
- 1) Fitting/Auffarth/Kaiser, § 99 Rdnr. 29.
 - 2) Erdmann/Jürging/Kammann, § 99 Rdnr. 58; Kammann/Hess/Schlochauer, § 99 Rdnr. 109.
 - 3) Erdmann/Jürging/Kammann, § 99 Rdnr. 60.
 - 4) Kammann/Hess/Schlochauer, § 99 Rdnr. 109.
 - 5) Weitere Beispiele bei Fitting/Auffarth/Kaiser, § 99 Rdnr. 30.

bb) Verstoß gegen eine Auswahlrichtlinie
(§ 99 Abs. 2 Nr. 2 BetrVG)

Im Rahmen des § 99 Abs. 2 Nr. 2 BetrVG ist fraglich, ob jeder Verstoß gegen wirksam statuierte Auswahlrichtlinien den Betriebsrat zur Zustimmungsverweigerung gemäß § 99 Abs. 2 Nr. 2 BetrVG berechtigt, oder ob auch Fälle denkbar sind, in denen der Arbeitgeber aus übergeordneten Gründen des privaten oder öffentlichen Wohls von den Richtlinien abweichen darf ¹⁾. Letzteres wird von Blomeyer ²⁾ bejaht. Entsprechend dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit dürfe die Zustimmungsverweigerung - auch wenn sie nach den Richtlinien zulässig sein sollte - zur Erreichung der durch Gesetz und Rechtsordnung gebilligten Zwecke (z.B. Bestandsschutz der bestehenden Arbeitsverhältnisse im Betrieb) nicht unangemessen sein; denn der in Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 1 der Europäischen Sozialcharta enthaltene Gedanke eines Schutzes der freien Arbeitsplatzwahl sowie der Schutzwert des allgemeinen Persönlichkeitsrechts würden es dem Betriebsrat nicht gestatten, willkürlich von den vereinbarten Richtlinien Gebrauch zu machen und die Einstellung neuer Arbeitnehmer auszuschlagen ³⁾.

Die Auffassung Blomeyers wird von der h.M. zurückgewiesen ⁴⁾. Dies geschieht zu Unrecht; denn unbestreitbar bedeutet das Recht des

1) Vgl. auch Hemmer, S. 70 ff.

2) Blomeyer, Gedächtnisschrift f. Dietz 1973, 147 ff (164 ff).

3) Blomeyer, S. 165.

4) Weiss, S. 306 Rdnr. 571; Galperin/Löwisch, § 99 Rdnr. 81; Kammann/Hess/Schlochauer, § 99 Rdnr. 111.

Betriebsrates, einen vom Arbeitgeber ausgewählten Bewerber zurückzuweisen, einen Eingriff in die Rechte dieses Arbeitnehmers auf freie Wahl des Arbeitsplatzes. Die gesetzliche Regelung muß sich daher an Art. 12 GG messen lassen. Damit steht sie unter dem Verbot des Übermaßes ¹⁾, d.h. jede Zurückweisung eines Externen muß sachlich gerechtfertigt sein und das Interesse an der Ablehnung des Bewerbers muß das Interesse des Bewerbers an seiner Einstellung übersteigen.

- cc) Nachteile für andere betriebsangehörige Arbeitnehmer (§ 99 Abs. 2 Nr. 3 BetrVG)

Der Zustimmungsverweigerungsgrund des § 99 Abs. 2 Nr. 3 verlangt die durch Tatsachen begründete Besorgnis, daß infolge der personellen Maßnahme im Betrieb beschäftigte Arbeitnehmer gekündigt werden oder sonstige Nachteile erleiden, ohne daß dies aus betrieblichen oder persönlichen Gründen gerechtfertigt ist.

- (1) Unmittelbarer Nachteil

Die Kündigungen oder Nachteile müssen unmittelbare Folge der Einstellung sein. Mittelbare Nachteile, die durch weitere Umstände ausgelöst werden - beispielsweise eine Kündi-

1) Dazu umfassend Peter Lerche: Übermaß und Verfassungsrecht, Köln, Berlin, Heidelberg, New York 1961.

gung aufgrund einer Absatzkrise -, reichen nicht aus ¹⁾.

Entscheidungen über wirtschaftliche Maßnahmen in betriebstechnischer und -organisatorischer Hinsicht sind daher vom Betriebsrat so hinzunehmen, wie sie vom Unternehmer nach dessen willkürfreien Zweckmäßigkeitserwägungen getroffen wurden ²⁾. Der Betriebsrat kann seine Zustimmung zu einer Einstellung nicht deshalb verweigern, weil er die wirtschaftliche Lage des Unternehmens anders als der Arbeitgeber beurteilt ³⁾. Jedes andere Ergebnis würde die Grenzen zwischen dem betriebsverfassungsrechtlichen Mitbestimmungsrecht nach § 99 BetrVG und dem betriebsverfassungsrechtlichen Mitwirkungsrecht nach § 92 BetrVG unzulässig verwischen.

(2) Nachweisbarer Nachteil

Für die Besorgnis der Kündigung oder der sonstigen Nachteile wird die Angabe von Fakten verlangt, bloße Vermutungen oder Befürchtungen des Betriebsrates reichen nicht aus ⁴⁾. Auch muß der Arbeitnehmer verpflichtet sein, den befürchteten Nachteil wirklich hinzunehmen. So begründet der zu besorgende Verlust eines Arbeitsplatzes nur dann ein Vetorecht des Betriebsrates, wenn die einschlägigen Kündigungsschutzbestimmungen ihn nicht verhindern können ⁵⁾.

1) Instrukтив BAG DB 1978, 447 ff (449); einschränkend Galperin/Löwisch, § 99 Rdnr. 85.

2) Galperin/Löwisch, § 99 Anm. 87.

3) Galperin/Löwisch, § 99 Anm. 87.

4) Meisel, S. 105 f.

5) Blomeyer, S. 166.

(3) Entgehen einer Beförderungschance

Umstritten ist die Frage, ob die Beeinträchtigung oder sogar das Zunichtemachen betrieblicher Beförderungschancen einen "sonstigen Nachteil" im Sinne des § 99 Abs. 2 Nr. 3 BetrVG darstellt ¹⁾.

Hierzu wird die Meinung vertreten, daß ein Nachteil im Sinne des Gesetzes schon dadurch entstehe, daß im Falle der Einstellung eines externen Bewerbers die beruflichen Entfaltung- und Aufstiegschancen von Belegschaftsangehörigen beeinträchtigt würden ²⁾. So hat das LAG Frankfurt darauf hingewiesen, daß sich das Zustimmungsverweigerungsrecht des Betriebsrats auch auf geschmälerzte Beförderungsaussichten beziehen könne ³⁾. Ähnlich hat das Arbeitsgericht Karlsruhe einen "sonstigen Nachteil" angenommen, wenn ein bereits im Betrieb Beschäftigter und für die ausgeschriebene Stelle fachlich und persönlich geeigneter Mitbewerber nicht berücksichtigt wird ⁴⁾. Die Versagung der Zustimmung könne durchaus gerechtfertigt sein, wenn ein Mitbewerber aus dem Betrieb über eine ähnliche persönliche und berufliche Qualifikation verfüge wie der neu Einzustellende und das Übergehen seiner Bewerbung durch den Arbeitgeber auch nicht aus betrieblichen Gründen gerechtfertigt sei.

-
- 1) Dazu mit eingehender Darstellung des Streitstandes: Siegfried Frohner, Zum Begriff des "sonstigen Nachteils" i.S.d. § 99 Abs. 2 Ziff. 3 BetrVG, AuR 1978, 365 ff.
 - 2) End, S. 142 ff; Gnade/Kehrmann/Schneider, § 99 Anm. 17; Stahlhacke, BStSozArbR 1972, 51 (56); Frohner, AuR 1978, 365 ff (366 ff).
 - 3) LAG Frankfurt, AuR 1974, S. 28.
 - 4) ArbG Karlsruhe, BB 1972, 536 f.

Demgegenüber findet sich auch die Auffassung, daß das Entgehen einer Beförderung- oder Aufstiegschance nur dann einen "sonstigen Nachteil" darstellt, wenn der Arbeitgeber die Beförderung zugesagt, zumindest aber in Aussicht gestellt habe ¹⁾. Schutzzweck des § 99 Abs. 2 Nr. 3 BetrVG sei nur die Erhaltung des status quo der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer ²⁾. Deshalb erfaßt nach dem LAG Düsseldorf diese Bestimmung nur den Fall, daß ein im Betrieb beschäftigter und durch Bewerbung an einer Beförderung interessierter Arbeitnehmer trotz eines Rechtsanspruchs auf Beförderung vom Arbeitgeber übergangen werden soll und dadurch einen wirtschaftlichen Nachteil erlitte ³⁾. Auch das BAG ist in seinem Urteil vom 7.11. 1977 der Ansicht beigetreten, daß ein sonstiger Nachteil nur dann zu besorgen sei, wenn die Einstellungsmaßnahme zum Verlust einer Rechtsposition oder einer rechtserheblichen Anwartschaft eines Betriebsangehörigen führe ⁴⁾.

Zur Begründung der erstgenannten Auffassung ⁵⁾ ist darauf hingewiesen worden, daß § 99 Abs. 2 Nr. 3 BetrVG in engem Zusammenhang mit § 93 BetrVG zu sehen ist. Beide Vorschriften spiegeln die Absicht des Gesetzgebers wider, die im Betrieb selbst vorhandenen Möglichkei-

1) BAG DM 1978, 447 ff (449); LAG Düsseldorf, DB 1975, 1372; Dietz/Richardi, § 99 Rdnr. 102; Adomeit DB 1971, 2360; Erdmann/Jürging/Kammann, § 99 Rdnr. 68; Meisel, S. 106; Stege/Weinspach Anm. 4.32413; Richardi DB 1973, 378 ff (381 Fn. 20); so wohl auch Hunold BB 1972, 453.

2) Richardi DB 1973, 378 ff (381); kritisch dazu Weiß, S. 307.

3) LAG Düsseldorf DB 1975, 1372.

4) BAG DB 1978, 447 ff (449).

5) S. S. 144.

ten eines rationellen Personaleinsatzes zu fördern, um so auch einer möglichen Veränderung der Belegschaft entgegenzuwirken ¹⁾. Übersehen wird hierbei, daß nach § 93 BetrVG zwar eine innerbetriebliche Ausschreibung, nicht aber die Besetzung der Stelle mit einem im Betrieb schon beschäftigten Arbeitnehmer verlangt werden kann. Eine solche Kompetenz wäre mit dem Recht des Arbeitgebers auf Auswahl des Bewerbers für die zu besetzende Stelle nicht zu vereinbaren. Gerade bei mehreren gleichwertigen innerbetrieblichen Bewerbern für eine vakante Position führt eine andere Auffassung dazu, daß der Betriebsrat gleichgewichtig neben dem Arbeitgeber die Einstellungsmaßnahme treffen würde ²⁾. Im übrigen ist in § 99 Abs. 2 Nr. 3 BetrVG von Kündigungen und sonstigen Nachteilen die Rede. Auch diese Verknüpfung spricht dafür, daß nur wirtschaftliche Schlechterstellungen, Minderungen des status quo, nicht aber der Verlust bloßer und rechtlich nicht abgesicherter Beförderungsaussichten "sonstige Nachteile" im Sinne des Gesetzes sind.

- dd) Ungerechtfertigte Benachteiligung des betroffenen Arbeitnehmers (§ 99 Abs. 2 Nr. 4 BetrVG)

Nach § 99 Abs. 2 Nr. 4 BetrVG ist ein Verweigerungsrecht ferner dann gegeben, wenn der

1) ArbG Karlsruhe, BB 1972, 536; End, S. 144.

2) LAG Düsseldorf, DB 1975, 1372.

betroffene Arbeitnehmer durch die personelle Maßnahme benachteiligt wird, ohne daß dies aus betrieblichen oder in der Person des Arbeitnehmers liegenden Gründen gerechtfertigt ist. Dieser Versagungsgrund kommt praktisch nur bei Versetzungen in Betracht ¹⁾. Für Einstellungen hat er dagegen keine Bedeutung, da eine Einstellung dem Arbeitnehmer keinen Nachteil bringt ²⁾.

- ee) Unterlassen einer nach § 93 BetrVG erforderlichen Ausschreibung (§ 99 Abs. 2 Nr. 5 BetrVG)

Ohne weitere Angabe von Gründen kann der Betriebsrat seine Zustimmung verweigern, wenn eine nach § 93 BetrVG erforderliche Ausschreibung unterblieben ist.

(1) Vorgängige Ausschreibung

Die Bezugnahme auf § 93 BetrVG stellt klar, daß das Zustimmungsverweigerungsrecht nicht hinsichtlich jeder unterbliebenen Ausschreibung gegeben ist, sondern nur dann, wenn der Betriebsrat vor Einleitung des konkreten Einstellungsvorganges verlangt hatte, daß Arbeitsplätze, die besetzt werden sollen, allgemein oder für bestimmte Arten von Tätigkeiten vor ihrer Besetzung innerhalb des Betriebes ausgeschrieben werden müssen ³⁾. Damit wird auch hier die vom Gesetzgeber gewollte Unterscheidung zwischen den allgemeinen personellen Maßnahmen nach §§ 92-95 BetrVG und der

1) Galperin/Löwisch, § 99 Rdnr. 93.

2) Dietz/Richardi, § 99 Rdnr. 108; End, S. 145 mit weiteren Nachweisen.

3) Dietz/Richardi, § 99 Anm. 13; Hunold DB 1976, 100.

personellen Einzelentscheidung nach § 99 BetrVG unterstrichen. § 93 BetrVG gewährt ein Mitbestimmungsrecht im Rahmen der Personalplanung, um Personalentscheidungen durchschaubar zu machen und zu objektivieren ¹⁾. Durch die Ausschreibung von Arbeitsplätzen soll insbesondere auch der innerbetriebliche Arbeitsmarkt aktiviert und sollen mögliche Verärgerungen in der Belegschaft aufgrund der Einstellung eines Betriebsexternen vermieden werden ²⁾. Nicht aber soll durch § 93 BetrVG das Recht des Arbeitgebers aufgehoben werden ³⁾, unter den Anwärtern auf eine Stelle eine Auswahlentscheidung zu treffen. Dies wäre aber dann der Fall, wenn der Betriebsrat eine schon gefällte Personalentscheidung des Arbeitgebers unterlaufen könnte, indem er nach ordnungsgemäßer Unterrichtung (§ 99 Abs. 1 BetrVG) nachträglich die innerbetriebliche Ausschreibung verlangt. Aber auch, wenn eine innerbetriebliche Stellenausschreibung durchgeführt worden ist, ist der Arbeitgeber nicht gehalten, den Arbeitsplatz mit dem sich hierum bewerbenden Mitarbeiter zu besetzen oder diesem vor externen Bewerbern den Vorrang einzuräumen; es liegt im Ermessen des Arbeitgebers, sich für einen Arbeitnehmer seiner Wahl zu entscheiden ⁴⁾.

1) End, S. 146.

2) BT-Drucks. VI/1786, S. 50; End, S. 146.

3) Vgl. Brill, DB 1978, Beilage Nr. 14, S. 6.

4) Fitting/Auffarth/Kraft, § 99 Rdnr. 35.

(2) Mangelnde innerbetriebliche Bewerber

Nicht geklärt ist die Frage, ob eine unterbliebene, an sich aber erforderliche innerbetriebliche Ausschreibung ein Vetorecht des Betriebsrates begründet, wenn kein Arbeitnehmer des Betriebes für die zu besetzende Stelle in Betracht kommt. Während nach überwiegender Auffassung das Bestehen auf der Ausschreibung rechtsmißbräuchlich wäre, weil sie hier zu reinen Formalismus entartete, der sich mit dem Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit (§ 2 Abs. 1 BetrVG) nicht vertrüge ¹⁾, muß nach anderer Ansicht die Ausschreibung in jedem Fall erfolgen, da sich im voraus nicht sicher beurteilen lasse, ob im Betrieb für die Stelle geeignete Bewerber vorhanden seien ²⁾ und diese Ungewißheitssituation gerade auch durch die Ausschreibung beseitigt werden solle ³⁾.

Praktisch sind beide Positionen nicht weit voneinander entfernt; denn auch nach der erstgenannten Lehre kann sich der Betriebsrat nur dann nicht auf die unterbliebene innerbetriebliche Stellenausschreibung berufen, wenn sicher ist, daß kein Mitarbeiter für den ausgeschriebenen Arbeitsplatz in Betracht kommt. Eine bloße diesbezügliche Vermutung des Arbeitgebers reicht nicht aus.

1) ArbG Kassel, DB 1973, 1359; Galperin/Löwisch, § 99 Rdnr. 99; End, S. 147; Kammann/Hess/Schlochauer, § 99 Rdnr. 125; Stege/Weinspach, 4.32415, 406.

2) Fitting/Auffarth/Kaiser, § 99 Rdnr. 35.

3) Weiss, S. 307.

Der Betriebsrat kann also schon dann seine Zustimmung zu der geplanten Einstellung verweigern, wenn er dem Arbeitgeber auch nur einen Betriebsangehörigen nennen kann, der für die zu besetzende Stelle möglicherweise in Betracht gekommen wäre.

Hat der Betriebsrat sein Veto zulässigerweise eingelegt, kann der Arbeitgeber den Arbeitnehmer allenfalls vorläufig einstellen (§ 100 Abs. 1 BetrVG), wenn dies aus betrieblichen Gründen dringend erforderlich ist. Zudem bleibt ihm die Möglichkeit, die Ausschreibung nachzuholen und dann das Einstellungsverfahren von vorn zu beginnen.

ff) Besorgnis der Störung des Betriebsfriedens
(§ 99 Abs. 2 Nr. 6 BetrVG)

Schließlich kann der Betriebsrat seine Zustimmung zu der in Aussicht genommenen Einstellung verweigern, wenn die durch Tatsachen begründete Besorgnis besteht, daß der Bewerber den Betriebsfrieden durch gesetzwidriges Verhalten oder durch grobe Verletzung der in § 75 Abs. 1 BetrVG enthaltenen Grundsätze stören werde.

Diese Besorgnis muß also objektiv anhand einzelner vorgetragener Tatsachen nachweisbar sein ¹⁾. Bloße Vermutungen reichen ebenso wenig wie ein unbestimmter Verdacht aus ²⁾. Das Verhalten, durch das der Betriebsfrieden gestört wird, muß in engem Zusammenhang mit dem Betrieb stehen ³⁾. Gesetzwidriges Ver-

1) Dietz/Richardi, § 99 Rdnr. 115.

2) Kammann/Hess/Schlochauer, § 99 Rdnr. 127.

3) Erdmann/Jürging/Kammann, § 99 Rdnr. 76.

halten außerhalb der betrieblichen Sphäre genügt i.d.R. nicht, es sei denn, es löst eine derart starke Ablehnung des Arbeitnehmers bei der Gesamtbelegschaft aus, daß eine Störung des Betriebsfriedens mit einiger Sicherheit zu erwarten ist ¹⁾.

Auffällig ist hier das Zusammenwirken der §§ 99 Abs. 2 Nr. 6 und 94 BetrVG. Durch Statuierung der Beteiligungsrechte des Betriebsrates bei der Aufstellung von Personalfragebogen wird der Privatbereich des Arbeitnehmers geschützt; es wird verhindert, daß Fragen an den Bewerber gerichtet werden, die in die durch Art. 2 Abs. 1 GG abgeschirmte Privatsphäre eindringen, obwohl sie mit den erforderlichen Qualifikationen, Kenntnissen und Anforderungen, die ein Bewerber für die in Aussicht genommene Stelle mitbringen muß, bei objektiver Betrachtung nicht das geringste zu tun haben ²⁾.

Ähnlich sichert auch § 99 Abs. 2 Nr. 6 BetrVG die Individualinteressen des Arbeitsplatzbewerbers. Danach kann der Betriebsrat nämlich den vom Arbeitgeber für die Einstellung vorgeschlagenen Arbeitnehmer nicht deshalb ablehnen, weil ihm dessen Weltanschauung, politisches Bekenntnis oder religiöse Überzeugung nicht paßt ³⁾. Steht der Bewerber etwa den Gewerkschaften negativ gegenüber, so kann der Betriebsrat nicht allein deshalb von seinem Zustimmungsverweigerungsrecht Gebrauch machen ⁴⁾. Ebenso sind Vorstrafen

1) Kammann/Hess/Schlochauer, § 99 Rdnr. 128.

2) Dietz/Richard, § 94 Anm. 1.

3) Erdmann/Jürging/Kammann, § 99 Rdnr. 75.

4) Kammann/Hess/Schlochauer, § 99 Rdnr. 127.

unbeachtlich, wenn sie nicht in enger Beziehung zu dem vorgesehenen Arbeitsplatz stehen ¹⁾. In §§ 94, 99 Abs. 2 Nr. 6 BetrVG wird also die Privatsphäre des einzustellen- den Arbeitnehmers umfassend geschützt, und zwar gegenüber dem Arbeitgeber und dem Betriebsrat. Das zeigt, daß es dem Gesetzgeber nicht nur darum zu tun war, durch Einführung der betriebsverfassungsrechtlichen Beteiligungsrechte die schutzwürdigen Belange der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer zu schützen, sondern daß auch die Rechte derjenigen gesichert werden sollten, die durch ihre Bewerbung mit dem Arbeitgeber erstmals in Beziehung treten. Dieser gesetzgeberischen Wertung entspricht die h.M. auch mit der Annahme, daß die Befürchtung, die Einstellung des Bewerbers werde zu Unruhen im Betrieb führen, weil sich ein Mitarbeiter Hoffnungen auf die zu besetzende Stelle gemacht habe, nicht für einen zulässigen Widerspruch des Betriebsrates genüge ²⁾. Damit bestätigt die Auslegung des § 99 Abs. 2 Nr. 6 BetrVG auch die des § 99 Abs. 2 Nr. 3 BetrVG, wonach ein "sonstiger Nachteil" nur in der Verminderung des "status quo" der Beschäftigten zu sehen ist, nicht aber im Entgehen einer bloßen Beförderungschance ³⁾.

1) Dietz/Richardi, § 99 Rdnr. 116.

2) Galperin/Löwisch, § 99 Rdnr. 101; Kammann/Hess/Schlochauer, § 99 Rdnr. 129; Stege/Weinspach, 4.32416.407.

3) Siehe ebenda.

IV. Verfahren nach Verweigerung der Zustimmung

Verweigert der Betriebsrat seine Zustimmung zur Einstellung eines bestimmten Bewerbers, muß der Arbeitgeber, wenn er an seiner Entscheidung festhalten will, beim Arbeitsgericht beantragen, die Zustimmung des Betriebsrates zu ersetzen (§ 99 Abs. 4 BetrVG). Bis zur Entscheidung des Arbeitsgerichts kann er unter den in § 100 BetrVG genannten Voraussetzungen den Bewerber vorläufig einstellen. Die Einstellung muß in diesem Fall aus sachlichen Gründen dringend erforderlich sein ¹⁾. Bestreitet der Betriebsrat die sachliche Notwendigkeit der Einstellung, darf der Arbeitgeber die vorläufige personelle Maßnahme nur aufrechterhalten, wenn er innerhalb von drei Tagen die Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrates und die Feststellung beantragt, daß die vorläufige Einstellung aus sachlichen Gründen dringend erforderlich war (§ 100 Abs. 2 S. 3 BetrVG). Mit dieser Regelung hat der Gesetzgeber die prozessuelle Initiativpflicht anders als im Betriebsverfassungsgesetz 1952 dem Arbeitgeber auferlegt. Hatte nach § 91 Abs. 2 S. 3 BetrVG 1952 der Betriebsrat das arbeitsgerichtliche Verfahren einzuschlagen, um eine vorläufige Einstellung rückgängig zu machen, muß nunmehr im Streitfall der Arbeitgeber tätig werden und sich an das Arbeitsgericht

1) Vgl. dazu Kehrmann/Schneider, MitbeG 1973, 23.

wenden, wenn er die vorläufige Maßnahme aufrechterhalten will ¹⁾. Damit wurde die Stellung des Betriebsrates verbessert, weil der Zwang, im Nichteinigungsfall das Arbeitsgericht anzurufen, ein Hemmnis darstellte ²⁾, das dazu führte, daß es unter der Geltung des BetrVG 1952 nur selten zu Beschlußverfahren nach §§ 61, 63 BetrVG 52 kam ³⁾.

Eine andere Frage ist es indes, ob die Verlagerung der Initiativpflicht auf den Arbeitgeber auch zu einer Umkehr der Beweislast geführt hat. Dies wird von der h.M. im Anschluß an die Begründung des Regierungsentwurfes ⁴⁾ bejaht ⁵⁾. Danach hat der Arbeitgeber die vom Betriebsrat vorgetragenen Verweigerungsgründe in Beschlußverfahren nach §§ 2 Abs. 1 Nr. 4, 80 ArbGG zu widerlegen. Dieser Ansicht kann aber nicht gefolgt werden; denn die Beweislast hängt von den materiellen Normen ab und nicht davon, wem es obliegt, das zuständige Gericht anzurufen ⁶⁾. Insofern ist aber § 99 Abs. 2 BetrVG eindeutig: das Einstellungsrecht liegt grundsätzlich beim Arbeitgeber; der Betriebsrat kann seine Zustimmung zu der Einstellung nur verweigern, wenn bestimmte, in § 99 Abs. 2 Nr. 1-6 BetrVG ausgewiesene Gründe vorliegen; deren Existenz

-
- 1) Vgl. BT-Drucks. VI/1786, S. 52; Adomeit, DB 1971, 2360; Meisel, S. 115; Roemheld, BB 1972, 1331; End, a.a.O., S. 157.
 - 2) Meisel, S. 115.
 - 3) End, S. 157.
 - 4) BT-Drucks. VI/1786, S. 51.
 - 5) Kraft in GK-BetrVG, § 99 Rdnr. 3; Erdmann/Jürging/Kammann, § 99 Rdnr. 86; Dietz/Richardi, § 99 Rdnr. 133; Fitting/Auffarth/Kaiser, § 99 Rdnr. 44.
 - 6) Galperin/Löwisch, § 99 Rdnr. 115.

hat aber der Betriebsrat darzulegen ¹⁾. Auch im arbeitsgerichtlichen Verfahren zeigt sich, darauf sei abschließend hingewiesen, daß dem Arbeitgeber bei Einstellungen die Auswahlentscheidung zusteht. Denn auch das Arbeitsgericht kann nur die Rechtmäßigkeit der Zustimmungsverweigerung prüfen und gegebenenfalls bestätigen, nicht aber auf Anregung des Betriebsrats die Einstellung eines bestimmten Bewerbers vorschreiben. Es kann nicht beschließen, daß der Arbeitgeber einen anderen Arbeitnehmer einzustellen hat ²⁾.

1) Wie hier: Meisel, S. 114 f; Galperin/Löwisch, § 99 Anm. 115.

2) Kammann/Hess/Schlochauer, § 99 Rdnr. 132.

Zusammenfassung

1. Die Frage nach der Mitwirkung des Betriebsrats im Einstellungsverfahren läßt sich nicht allein aus § 99 Abs. 1 BetrVG mit seinen ausführlichen Unterrichtsrechten und den in § 99 Abs. 2 BetrVG enumerativ aufgezählten Zustimmungsverweigerungsgründen beantworten, sondern steht in einem engen Zusammenhang mit der Rechtsstellung, die dem Betriebsrat im Vorfeld der Einzelmaßnahmen eingeräumt ist. Die Ausgestaltung dieser Rechtsposition beeinflußt nämlich nicht nur das Tätigwerden des Betriebsrats bei den konkreten Einstellungsmaßnahmen, sondern auch schon das ganze Verfahren vor der Einstellung bis hin zum Einstellungsakt.
2. Zentrale Bedeutung kommt im Bereich der allgemeinen personellen Maßnahmen der Personalplanung (§ 92 BetrVG) zu. Dem Betriebsrat stehen in diesem Zusammenhang nur Informations- und Beratungsrechte zu, keineswegs Mitbestimmungsrechte. Der Arbeitgeber ist allein entscheidungsbefugt.
Nur auf einem Teilgebiet der Personalplanung räumt das Gesetz dem Betriebsrat ein echtes Mitbestimmungsrecht ein, bei der Ausschreibung von Arbeitsplätzen (§ 93 BetrVG).
3. Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei der Aufstellung von Personalfragebogen (§ 94 BetrVG) kann nicht dahin interpretiert werden, daß es die Teilnahme am Vorstellungs-

gespräch umfaßt.

Ein solcher auf eine spezielle Einzelmaßnahme gerichteter Rechtsanspruch kann jedenfalls nicht aus den Vorschriften über die allgemeinen personellen Maßnahmen hergeleitet werden.

4. Eine "Einstellung" i.S.d. § 99 BetrVG ist die Begründung eines Arbeitsverhältnisses durch schriftlichen oder mündlichen Abschluß eines Arbeitsvertrages, aber auch die damit zusammenhängende tatsächliche Arbeitsaufnahme an einem bestimmten Arbeitsplatz. Über den Wortlaut hinaus fallen unter den Begriff der "Einstellung" nach Sinn und Zweck der Vorschrift aber auch die Verlängerung eines befristeten Arbeitsverhältnisses, die Umwandlung eines befristeten Arbeitsverhältnisses in ein Dauerarbeitsverhältnis, die Übernahme eines Auszubildenden nach Beendigung der Ausbildung auf unbestimmte Zeit sowie die Beschäftigung von Leiharbeitnehmern. Grund hierfür ist, daß in allen aufgeführten Fällen schutzwürdige Belange der Belegschaft, deren Obhut dem Betriebsrat gem. § 99 BetrVG obliegt, betroffen werden. Demgegenüber stellen die Weiterarbeit nach einer Kündigung, die Wiederaufnahme der Arbeit nach Absolvierung des Wehrdienstes oder nach Arbeitskampf sowie die Betriebsübernahme und gerichtliche Feststellung des Bestehens eines Arbeitsverhältnisses keine mitbestimmungsbedürftigen Tatbestände nach § 99 BetrVG dar.

5. Als Ergebnis ist weiter festzuhalten, daß "Beteiligte" i.S.d. § 99 Abs. 1 S. 1 BetrVG zunächst einmal nur die Bewerber um einen Arbeitsplatz sind, für die sich der Arbeitgeber in einer Art Vorauswahl (schon) entschieden hat; ferner sind "Beteiligte" die innerbetrieblichen Bewerber, die einen Rechtsanspruch (sei es durch Auswahlrichtlinien) auf Erlangung der freien Stelle haben, und schließlich diejenigen, die durch die Maßnahme Nachteile erleiden können.

6. Der sachliche Umfang der Unterrichtungspflicht gem. § 99 Abs. 1 S. 1 BetrVG erstreckt sich auf die "erforderlichen" Bewerbungsunterlagen.
Der Betriebsrat muß anhand der ihm zugängigen Unterlagen darüber befinden können, ob der geplanten Einstellung einer der in § 99 Abs. 2 BetrVG angeführten Tatbestände entgegensteht.
Aus einem gesetzessystematischen Vergleich zwischen §§ 92, 80, 99, 106 Abs. 2 BetrVG ergibt sich, daß die Unterlagen dem Betriebsrat lediglich zur Einsicht vorzulegen, jedoch nicht auszuhändigen sind.
Die Unterrichtungspflicht durch den Arbeitgeber räumt dem Betriebsrat kein Recht ein, sich selbst durch Teilnahme am Einstellungsgespräch direkte Kenntnis über den Bewerber zu verschaffen. Die normative Anordnung der Vorlage von Unterlagen und die Auskunftspflicht umfaßt schon begrifflich kein Recht des Betriebsrats auf Selbstinformation schließt sie vielmehr aus.

Die Teilnahme des Betriebsrats am Einstellungsgespräch läßt sich unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt aus dem Betriebsverfassungsgesetz herleiten.

7. Ein Gesetzesverstoß i.S.d. § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG liegt nur dann vor, wenn die Einstellung als solche gesetzlichen Regelungen zuwiderläuft. Das Gesetz muß gerade der personellen Einstellungsmaßnahme entgegenstehen.

Die Verletzung der auf die konkrete Einstellungsmaßnahme bezogenen Unterrichtungspflicht des § 99 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG berechtigt den Betriebsrat ebensowenig zur Zustimmungsverweigerung gem. § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG wie ein Verstoß gegen die Unterrichtungspflicht nach § 92 BetrVG oder die Verwendung anderer als der gem. § 94 BetrVG vereinbarten und vorgesehenen Personalfragebogen.

Lebenslauf

Am 23.12.1948 wurde ich als zweiter Sohn des Kaufmanns Oswald Willaschek und seiner Ehefrau Hildegard, geb. Schabsky, in Paderborn geboren.

Vom Jahre 1955 bis 1959 besuchte ich die Volksschule, anschließend das staatliche altsprachliche Gymnasium Theodorianum in Paderborn, wo ich im Jahre 1967 das Abitur bestand.

Vom Wintersemester 1967/68 an studierte ich Rechtswissenschaft an der Westfälischen Wilhelms-Universität in Münster.

Meine erste juristische Staatsprüfung legte ich im Jahre 1974 ab. Im Herbst 1975 trat ich meinen Referendardienst an.

Die zweite juristische Staatsprüfung bestand ich am 29.05.1978 vor dem Landesjustizprüfungsamt Nordrhein-Westfalen in Düsseldorf.

Seither bin ich als Rechtsanwalt in Paderborn tätig.

